

Crim.

289

a

Crim.
289^a

Zeitler

Strafe ohne Schuld

im deutschen Reichsstrafgesetzbuch.

Dr. jur. Joseph Zeitler.

Fürth und Nürnberg.

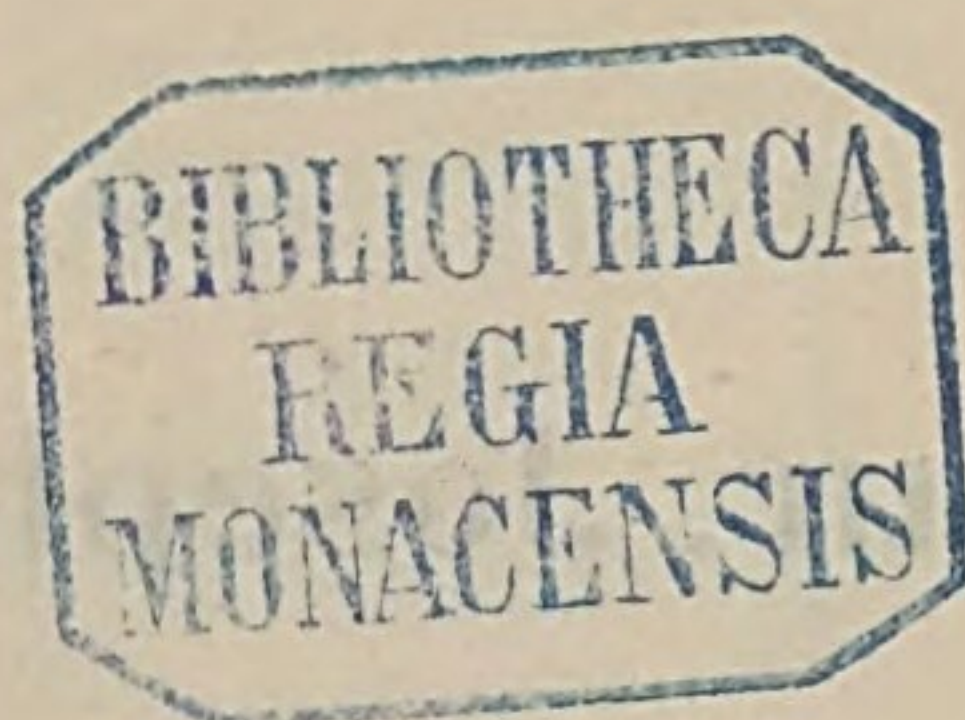
Commissionsverlag von Georg Rosenberg.

1899.

1899

Stille ohne Schuld

Im deutschen Reichshandelsbuch



Inhalts-Verzeichnis
Teil I.
Den teueren Eltern

Teil II.
in Dankbarkeit

gewidmet.

Den theueren Eltern

in Dankbarkeit

gegrüßet

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung.

Teil I.

Straf- und Schuldbegriff im Allgemeinen.

§ 2. Begriff der Strafe.

§ 3. Begriff der Schuld.

§ 4. Das Moment der Rechtswidrigkeit und der Schuldbegriff.

§ 5. Die Einteilungsformen der Schuld.

Teil II.

Strafe ohne Schuld im deutschen Reichs-
strafgesetzbuch.

§ 6. Einleitung.

Abschnitt I.

Allgemeiner Straf- u. Schuldbegriff des R.St.G.B.

§ 7. Strafbegriff des R.St.G.B.

§ 8. Schuldbegriff des R.St.G.B.

Abschnitt II.

Strafe ohne Schuld im speziellen Teil des R.Str.G.B.

§ 9. Vorbemerkung.

Kapitel I.

Die sog. qualifizierten Erfolgsdelikte.

§ 10. Allgemeine Charakteristik der qualifizierten Erfolgsdelikte.

§ 11. Erklärungsversuch der qualifizierten Erfolgsdelikte.

§ 12. Fortsetzung.

Kapitel II.

§ 13. Die Delikte mit vermuteter Causalität zwischen Handlung und Erfolg.

Kapitel III.

Die Verdachtsstrafe des Reichsstrafgesetzbuchs.

§ 14. Allgemeines.

§ 15. Der § 227^I des R.St.G.B.

§ 16. Der § 368 Ziff. 10 des R.St.G.B.

Kapitel IV.

Die Beleidigungsparagraphen.

- § 17. Der Begriff der Beleidigung.
- § 18. Das Behaupten und Verbreiten ehrenrühriger Thatsachen in Bezug auf einen anderen als Beleidigung.
- § 19. Der § 186 R.St.G.B.
- § 20. Der § 190 R.St.G.B.

Kapitel V.

- § 21. Die „*delicta armata*“ des R.St.G.B.

Kapitel VI.

- § 22. Der § 361 Ziff. 8 des R.St.G.B.

Abschnitt III.

Scheinbare Strafe ohne Schuld im R.St.G.B.

- § 23. Der § 259 R.St.G.B.
- § 24. Der § 368 Ziff. 10 R.St.G.B.



Abkürzungen.

Binding Handbuch: Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts. I. Band. 1885.

Binding Normen I, II: Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. I. Bd. (2. Auflage 1890), II. Bd. (1. Auflage 1877).

Carolina: Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.

Hälschner Strafrecht I, II: Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I. 1881, Bd. II. 1884—1887.

v. Liszt Lehrbuch: v. Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Auflage. 1897.

Löffler Schuldformen: Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts. I. Bd. 1895.

Löning Grundriss: Löning, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885.

Lucas subjektive Verschuldung: Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrecht. 1883.

Merkel Lehrbuch: Merkel, Lehrbuch des Strafrechts. 1889.

Meyer Lehrbuch: Meyer, Lehrbuch des Strafrechts. 5. Auflage. 1895.

Motive: Die amtlichen Motive zu dem dem Reichstag vorgelegten Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund.

Olshausen Kommentar: Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Auflage. 1897.

Oppenhoff Kommentar: Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 13. Auflage. 1896.

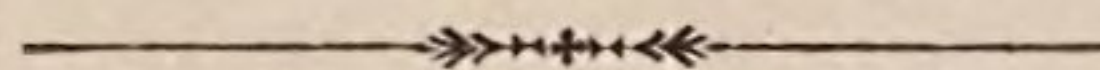
R.St.G.B.: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

R.St.P.O.: Reichsstrafprozessordnung vom 1. Februar 1877.

Rubo Kommentar: Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1879.

Rüdorff Kommentar: Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 4. Auflage. 1892.

Schmid Präsumtionen: Schmid, Die Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrecht. (Diss.) 1884.



Einleitung.

§ 1.

Nulla poena sine culpa — dieser sonder Zweifel als das Fundament des modernen Strafrechts anerkannte Satz teilt naturgemäs das Schicksal einer jeden allgemeinen Regel: Seine Geltung ist keine ausnahmslose.

Ob und inwieweit speziell das deutsche Reichsstrafgesetzbuch Ausnahmen von diesem Fundamentalsatze enthält, das zu untersuchen soll Aufgabe vorliegender Arbeit sein.

Ehe wir aber zu dieser Untersuchung schreiten, sind zuvor die allgemeinen Begriffe von *poena* (Strafe) und *culpa* (Schuld) festzustellen; denn es wäre zwecklos, mit demjenigen über das hier zu behandelnde Thema rechten zu wollen, mit welchem man sich nicht vorher über Umfang und Inhalt dieser beiden Begriffe auseinandergesetzt hat.

Teil I.

Straf- und Schuldbegriff im Allgemeinen.

§ 2.

Begriff der Strafe.

Strafe in des Wortes allumfassendster Bedeutung kann man definieren als dasjenige Uebel, welches ein zur Verhängung desselben autorisiertes Subjekt über eine Person in Anknüpfung an deren unzulässiges Verhalten verhängt, ohne damit, abgesehen von der beabsichtigten Uebelszufügung, die Erreichung irgend eines anderen als eines allgemeinen Zweckes zu verfolgen, des Zweckes nämlich, mittels Verhängung des Uebels für die Zukunft einem ähnlichen unzulässigen Verhalten (sei es des Delinquenten, sei es anderer Individuen) bzw. den durch ein solches Verhalten zu befürchtenden Folgen vorzubeugen.

Es kann hier nicht der Ort sein, die eben aufgestellte Definition nach allen Seiten hin zu erörtern; es muss genügen, sich auf diejenigen Punkte zu beschränken, deren Erörterung eine Beziehung auf die vorliegende Arbeit angezeigt erscheinen lässt.

I. In dieser Richtung bedarf zunächst der in der Definition bezüglich des Strafzweckes gemachte Zusatz einer Erklärung. Mit diesem Zusatz sollte in erster Linie ein wesentlich negatives Moment des Strafbegriffes zum Ausdruck gebracht sein: Die Strafe erstrebt die unmittelbare Erreichung eines bestimmten äusseren Erfolges nur insoferne, als sie dem Delinquenten ein Uebel zufügen, ein Interesse desselben verletzen will; nie aber erstrebt sie die unmittelbare Erreichung darüber hinausgehender weiterer Erfolge.

Dieses negative Moment ist es, welches die eigentliche Strafe von der missbräuchlich Strafe genannten Zwangs-

(Exekutiv-, auch wohl Polizei-) Strafe und von einer Reihe polizeilicher Massregeln unterscheidet, die, ihrerseits ebenfalls anknüpfend an ein unzulässiges Verhalten des Individuums, Uebel verhängen, dabei aber die unmittelbare Erreichung bestimmter über die bloße Interessenverletzung des Individuums hinausgehender äusserer Zwecke im Auge haben, z. B., wie die Polizeistrafe allgemein, Erzwingung der Vornahme oder der Unterlassung einer bestimmten Handlung¹⁾ oder, wie gewisse Polizeimassregeln,²⁾ die Abwendung einer unmittelbaren Gefahr von der Volkswohlfahrt.

Die eigentliche Strafe verfolgt vielmehr — und das ist das positive wesentliche Moment im Strafbegriff — nur einen allgemeinen Zweck, nämlich den, durch ihre Verhängung künftigen, durch ein unzulässiges Verhalten des Individuums zu befürchtenden nachteiligen Folgen vorzubeugen. Dieser allgemeine Zweck allein ist es, welcher die an ein unzulässiges Verhalten des Individuums anknüpfende Verhängung eines Uebels als „Strafe“ (Gegensatz: zur Erreichung anderer von dem Strafzweck abweichender Zwecke) gerechtfertigt erscheinen lässt, welcher vor allem am natürlichsten die Thatsache erklärt, dass man — und in diesem Punkt dürfte allseitiges Einverständnis bestehen — nur die schuldhafte freie Willenshandlung des Individuums unter Strafe gestellt wissen will, d. h. dass man (vgl. hierüber des näheren die beiden folgenden §§) nur diejenige Handlung für strafbar hält, welche zu unterlassen für den Handelnden eine zurechenbare Möglichkeit vorlag.

¹⁾ z. B. Erzwingung des ungerechtfertigt verweigten Zeugnisses durch Anordnung von Haft (§ 69 R.St.P.O.).

²⁾ Hierher gehören Massregeln wie die in den Artikeln 80 und 19 des bayerischen Polizeistrafgesetzbuchs vom 26. XII. 1871 vorgesehenen. Wenn z. B. auf Grund des ersteren Artikels die Polizeibehörde einen Geisteskranken, der fremdes Eigentum verletzt oder ein Sittlichkeitsdelikt begangen hat, in eine Irrenanstalt unterbringt, oder auf Grund des letzteren Artikels den einer Menagerie entsprungenen Löwen töten lässt, so ist der Zweck dieser Massregeln nicht der, dem Geisteskranken durch die Freiheitsberaubung oder dem Menageriebesitzer durch die Tötung seines Tieres ein Uebel zuzufügen, sie zu „strafen“, sondern der, vom Publikum eine unmittelbare Gefahr abzuwenden.

Der Umstand nämlich, dass man bei Verhängung des Strafübels im Gegensatz zu den oben bereits berührten Fällen, in welchen sonst über das Individuum in Anknüpfung an dessen unzulässiges Verhalten zwar strafähnliche, jedoch anerkanntermassen nicht als Strafen zu charakterisierende Uebel verhängt werden, als spezifische Voraussetzung eine schuldhafte freie Willenshandlung des Individuums postuliert, zwingt zu der Annahme, dass mit jener Voraussetzung auch ein spezifischer, der Strafe eigentümlicher Zweck verfolgt werden müsse. Bedenkt man nun, dass bei Vorliegen jener Voraussetzung, also bei zurechenbarer Möglichkeit des Individuums, anders als wie geschehen zu handeln, die Verhängung eines Uebels für den mit dem Uebel Belegten sowohl, wie für andere Individuen in Zukunft ein Motiv abgeben dürfte, ein ähnliches unzulässiges Verhalten zu vermeiden, dann ist man wohl berechtigt, das als den spezifischen Strafzweck zu bezeichnen, dass durch die Verhängung der Strafe allgemein einem ähnlichen unzulässigen Verhalten bzw. den sich hieran knüpfenden nachteiligen Folgen vorgebeugt werden solle (*punitur ne peccetur*). Dieses allgemeine Erfordernis, wie im Gegensatz zu den in diesem Punkte übereinstimmenden relativen Straftheorien die absoluten Straftheorien es wollen, als unwesentlich aus dem Strafbegriff zu streichen und in dem unzulässigen Verhalten des Individuums allein einen genügenden Rechtfertigungsgrund der Strafe zu finden (*punire, quia peccatum est*), geht nicht an; denn es ist gleichbedeutend damit, die Strafe für zwecklos zu erklären. Lehnt ein Anhänger der absoluten Straftheorien diese Konsequenz ab (wie z. B. Meyer in seinem Lehrbuch § 3), dann ist er m. E. überhaupt kein Anhänger der absoluten Theorie mehr, in seiner Anhängerschaft an letztere vermag ich nichts weiter zu finden als eine versteckte Anerkennung der relativen Theorie, verbunden mit dem Geständnis, den spezifischen Zweck der Strafe, den er wohl fühlt und fühlen muss, im Gegensatz zu den relativen Theorien nicht näher begründen zu können. Aber anstatt dieses Geständnis offen auszusprechen, anstatt dieses x in

der Definition der Strafe erkennbar zu machen, ersetzt er es durch eine neue Unbekannte (Vergeltung, dialektische Notwendigkeit u. ä. m.) und erweckt so, indem er diese Unbekannte als Strafgrund aufführt, den Anschein, er sei der Ansicht, dass gestraft werde ohne Rücksicht auf die Erreichung eines gewissen Strafzweckes, lediglich deshalb, weil geübelt wurde.

II. Zum anderen ist noch — und zwar mit Rücksicht auf die Einteilungsform der Strafe — auf das die Grundlage der Strafe bildende unzulässige Verhalten des Individuums einzugehen.

Dieses unzulässige Verhalten, welches nach dem oben sub I über den Zweck der Strafe Gesagten durch die Verhängung derselben für die Zukunft verhütet werden soll, charakterisiert sich bei der für die vorliegende Arbeit allein zu berücksichtigenden Kriminalstrafe im weiteren Sinne (Gegensatz: Disciplinar- und Ordnungsstrafe) als unzulässig durch seine Richtung gegen die allgemein rechtlich anerkannten Interessen der menschlichen Gesellschaft, die sogenannten Rechtsgüter³⁾ sei es, dass dasselbe diese Rechtsgüter direkt verletzt oder gefährdet (Verletzungs- und Gefährdungsdelikt — Kriminalstrafe im engeren Sinn), sei es auch nur, dass dasselbe nach Ansicht des Strafgesetzgebers seiner Natur zufolge als objektiv geeignet erscheint, eine Gefährdung befürchten zu lassen, ohne dass jedoch *in concreto* die Begründetheit dieser Befürchtung nachgewiesen zu werden brauchte. (Polizeidelikt — Polizeistrafe.)

³⁾ Vgl. über diesen Begriff insbesondere v. Liszt, Lehrbuch § 12, 1. — Zu beachten ist: Wenn auch nur das, was der Zusammenhang der jeweils geltenden Rechtsordnung als rechtlich anerkanntes Interesse der menschlichen Gesellschaft erscheinen lässt, die Bezeichnung Rechtsgut verdient, so ist es doch hinwiederum nicht erforderlich, dass diese rechtliche Anerkennung, abgesehen vom Strafgesetz, noch anderweitig gesetzlich zum Ausdruck gebracht ist. In dieser Richtung verweise ich auf die treffenden Worte Bindings in seinem Handbuch I., § 30, Seite 159: „Falls diese Normen (d. s. die Verbote und Gebote von Handlungen) nicht gesetzlich formuliert werden — und grade die wichtigsten bedürfen solcher Formulierung nicht mehr, weil sie als Erbschaft von Jahrtausenden jedermann geläufig sind — schöpfen wir sie, so weit sie für Strafrecht in Betracht kommen, aus den Thatbeständen der Strafgesetze.“

Während nun der Gesetzgeber bei ersterer Gruppe die Beziehung der verbotenen Handlung⁴⁾ auf das durch das Verbot der Handlung geschützte Rechtsgut dadurch zum Ausdruck bringt, dass er die Erreichung des die Verletzung bzw. die Gefährdung involvierenden Erfolges im Delikts-
thatbestand als Voraussetzung der Strafbarkeit statuiert (cf. R.Str.G.B. § 211: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet“ = „wer durch seine Handlung vorsätzlich den Tod eines Menschen herbeiführt“ — § 321 l. c.: „Wer vorsätzlich Wasserleitungen etc. zerstört oder und durch eine dieser Handlungen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit anderer herbeiführt“), unterlässt er es bei letzterer Gruppe aus leicht begreiflichen Gründen, die Beziehung auf das von ihm als geschützt gedachte Rechtsgut zum Ausdruck zu bringen; beschränkt sich hier vielmehr darauf, die Vornahme einer Handlung schlechthin, bzw. die Herbeiführung eines nicht in der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern bestehenden Erfolges⁵⁾ zu verbieten. (cf. z. B. § 366 Ziff. 2 l. c.: „Wer in Städten oder Dörfern übermässig schnell fährt oder reitet . . .“).

Während also beim Verletzungs- und Gefährdungsdelikt einmal der Eintritt eines rechtsgüterverletzenden bzw. -gefährdenden Erfolges,⁶⁾ zum anderen aber noch eine diesen Erfolg verbietende, im Strafgesetz speziell, wenn auch nur

⁴⁾ Im Interesse einer vereinfachten Darstellung ist bei den folgenden Ausführungen nur das Begehungs-, nicht auch das Unterlassungsdelikt berücksichtigt.

⁵⁾ Versteht man unter Handlung nichts weiter als die gewollte Kontraktion der Muskeln, dann liegt die Sache durchaus nicht an dem, dass das Polizeidelikt nie einen „Erfolg“ hätte, immer nur „Handlung“ wäre. So ist z. B. das Hetzen eines Hundes auf Menschen (§ 366 Ziff. 6 l. c.) keine „Handlung“, sondern die Herbeiführung eines „Erfolges.“ (Hetzen eines Hundes = durch Anreizen des Hundes bewirktes Angreifen desselben). Dass dieser „Erfolg“ *in concreto* eine Gefährdung des geschützten Rechtsgutes (d. i. beim cit. § die körperliche Integrität des Angegriffenen) herbeiführt, ist nicht erforderlich: es genügt also zur Bestrafung aus § 366 Ziff. 6, wenn man einen zahnlosen und ganz feigen Hund gehetzt hat. (cf. Olshausen, § 366 Ziff. 6a).

⁶⁾ Der übrigens durchaus nicht immer in einer Veränderung der Aussenwelt zu bestehen braucht, z. B. in der Verletzung oder Gefährdung der Ehre, des Kredits, in der Erregung von Aergernis, Verletzung des religiösen Gefühls etc. bestehen kann.

implicite enthaltene Norm⁷⁾ die Strafbarkeit der Delikthandlung begründen, genügt zur Strafbarkeitsbegründung der Polizeideliktshandlung schon das letztere Erfordernis, m. a. W. der strafrechtlich relevante Erfolg der Handlung besteht hier nicht sowohl in seiner aggressiven Richtung a) gegen ein Rechtsgut und b) gegen ein Rechtsgebot, als vielmehr lediglich in der aggressiven Richtung gegen ein Rechtsgebot.

Jemehr sich dann vollends beim Polizeidelikt der, wenn auch nicht unmittelbar strafrechtlich relevante, jedoch sicher vom Gesetzgeber als strafbegründend gedachte Zusammenhang mit dem geschützten Rechtsgut lockert, destomehr nähert sich das Polizeidelikt in seinen extremen Formen dem reinen Ungehorsamsdelikt, dessen charakteristisches Merkmal darin besteht, dass hier eine an sich (d. h. abgesehen von der sie bedrohenden Ungehorsamsstrafe) rechtlich indifferente Handlung unter Strafe gestellt wird, dass hier so auch der spezifisch strafbegründende (Gegensatz: nicht nur, wie allgemein beim Polizeidelikt, der unmittelbar rechtlich relevante) Erfolg lediglich in der Verletzung einer Rechtsnorm besteht.

Wenn man nun auch dem Gesetzgeber nicht schlechthin die Aufstellung des Verbots gewisser Handlungen ohne Beziehung letzterer auf ein bestimmtes, durch Verbot zu schützendes Rechtsgut zutrauen darf, thatsächlich erheischt ein kompliziertes Gemeinwesen wie der moderne Staat eine derartige Beschränkung der individuellen Freiheit, dass man sich zum Verbot von Handlungen genötigt sieht, deren Beziehung zu einem Rechtsgut für den Nichteingeweihten nachgerade unmöglich ist, von Handlungen, die sich in nichts von rechtlich indifferenten Handlungen unterscheiden.

Die wichtige Konsequenz aus dieser Betrachtung ist die: Kann man wohl bezüglich der Verletzungs- und Gefährdungsdelikte die Verbotswidrigkeit der Deliktshandlung

⁷⁾ Denn wenn auch aus der Anerkennung eines Gutes als Rechtsgutes allgemein das Verbot seiner Verletzung und Gefährdung wird zu folgern sein, so ergibt sich doch die Strafbarkeit der Uebertretung dieses Verbots aus dem speziellen Strafgesetz (*nulla poena sine lege!*)

mit Rücksicht auf deren im Thatbestand sogar zum Ausdruck gekommene aggressive Richtung gegen Rechtsgüter bei der Mehrzahl der Delinquenten⁸⁾ als aus der Natur der Deliktshandlung erkennbar voraussetzen, kann man es zur Not noch bei derjenigen Gruppe von Polizeidelikten, welche die Beziehung zu dem geschützten Rechtsgut trotz Fehlens einer Andeutung im Thatbestand mehr oder weniger deutlich erkennen lassen, nie und nimmer kann man es bei der anderen, stets im Wachsen begriffenen Gruppe der Polizeidelikte, welche die Beziehung zu dem geschützten Rechtsgute fast gänzlich gelockert haben. Würde also an sich beim Verletzungs-, Gefährdungs- und teilweise beim Polizeidelikt aus der Natur der Delikte die Aufstellung einer allgemeinen Präsuntion des Bewusstseins von der Rechtswidrigkeit der Deliktshandlung gerechtfertigt erscheinen, unter der Einschränkung natürlich, dass es sich um normal entwickelte civilisierte Delinquenten (vgl. die letzte Anmerkung) handelt,⁹⁾ nicht würde dies der Fall sein bei der vorerwähnten anderen Gruppe von Polizeidelikten. Bei ihr lediglich aus der Natur der Deliktshandlung die Notwendigkeit der Erkenntnis ihrer Verbotswidrigkeit folgern zu wollen, wäre reine Willkür. Dass nicht trotzdem aus anderen Gründen (öffentliche Bekanntmachung der Norm, öffentliche Judicatur bei Uebertretung der Norm etc. etc.) diese Erkenntnis als wahrscheinlich gefolgert¹⁰⁾ und so zweckmässigerweise

⁸⁾ Durchaus nicht bei allen, namentlich nicht bei den einem uncivilisierten Volke entstammenden Verbrechern, welchen eine Kenntnis der oder wenigstens mancher kultureller Rechtsgüter durchaus nicht immer zuzutrauen ist.

⁹⁾ Gut zum Ausdruck gebracht im Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern von 1813, Art. 71: „Wer bei einer in diesem Gesetzbuche als strafbar erklärten Handlung seine Unwissenheit über das Daseyn eines Strafgesetzes vorschützt, wird mit diesem Vorgeben nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, grosse Dummheit und andere dergleichen Gemüthsfehler dieses Vorgeben unterstützen.“

¹⁰⁾ cf. hierüber Binding, Normen, II. § 34 S. 66: „Das Recht, dessen Existenz wir nicht von selbst erkennen (sc. aus dem Vorhergehenden: „Wenn uns unsere Vernunft nicht wie vielfach nahe legt, dass bestimmte Handlungen mit den Interessen des Gemeinwesens unverträglich sind, dass sie somit nicht gestattet sein können) weiss durch tausend Kanäle seinen Weg zu uns zu finden. Die Menschen, mit denen wir täglich verkehren, tragen uns die Kunde

— unter gewissen Einschränkungen allerdings¹¹⁾ — präsumiert werden könne, soll durchaus nicht in Abrede gestellt werden.

§ 3.

Begriff der Schuld.

Ganz allgemein kann man Schuld bezeichnen als den Inbegriff der Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu dem verpönten Erfolge seiner Handlung.¹⁾ Diese Definition besagt in ihrer Allgemeinheit nicht viel: sie gibt

zu, oder die Schriften, die wir lesen, oder Anschläge, die unsere Blicke auf sich ziehen. Häufig tritt uns dann die Rechtspflicht in der Gewandung des Sittengesetzes entgegen. . . . So atmet jeder die Kenntniss der wichtigsten Rechtspflichten mit der Luft ein, deren er bedarf.“

¹¹⁾ Die Präsumtion dürfte vor allem keine unwiderlegbare sein, müsste vielmehr, sobald sich im Einzelfalle Zweifel an ihrer Begründetheit ergeben, von selbst ausser Kraft treten. Gut zum Ausdruck gebracht in Art. 21 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches vom 16. XI. 1861: „Unkunde von Polizeivorschriften begründet im Allgemeinen weder Ausschliessung noch Minderung der Strafbarkeit. Ergibt sich jedoch . . ., dass die Uebertretung einer nicht allgemein bekannten orts-, distrikts- oder oberpolizeilichen Vorschrift verübt worden ist, weil der Uebertreter diese Vorschrift nicht gekannt hat, so ist der Polizeirichter ermächtigt, auf eine geringe Geldstrafe zu erkennen, oder sofern der Thäter die übertretene Vorschrift nicht leicht in Erfahrung bringen konnte, — also bei unverschuldeter Unkenntniss! — denselben loszusprechen.“

¹⁾ So im wesentlichen Löffler, Schuldformen Seite 5. — Mit v. Liszt Lehrbuch § 35 I. ein weiteres charakteristisches Merkmal der Schuld darin zu finden, dass an diese subjektive Beziehung die rechtliche Verantwortlichkeit (der Eintritt der Unrechtsfolgen) geknüpft sei, halte ich nicht für angängig. Eine derartige Annahme nämlich führte zu der Konsequenz, dass ohne eine solche subjektive Beziehung eine rechtliche Verantwortlichkeit überhaupt nicht existierte. Es wäre also begrifflich falsch, noch von einer Strafe (als wichtigste Folge der rechtlichen Verantwortlichkeit) ohne Schuld zu sprechen. So gewiss es aber Strafen ohne Schuld d. h. ohne subjektive Beziehung des Verbrechers zum Verbrechen (man vergl. die strafrechtliche Haftung für zufällige Rechtsverletzung im altgermanischen Recht) gegeben hat und so gewiss es solche noch gibt (man vrgl. z. B. § 137 Abs. 1 des Vereinszollgesetzes vom 3. VII. 1869: „das Dasein der in Rede stehenden Vergehen und die Anwendung der Strafe derselben wird in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Thatsachen begründet), so gewiss ist es, dass „die rechtliche Verantwortlichkeit“ als solche nie das charakteristische Merkmal der Schuld sein kann. — Wohin übrigens eine solche Auffassung zu führen imstande ist, zeigt das Beispiel von Liszt's: Nachdem derselbe eingangs des citierten Paragraphen das Postulat aufgestellt hat, dass der Thäter nur dann strafrechtlich

keine Antwort auf die naheliegende Frage, welcher Art die vorerwähnten Beziehungen zur Innerlichkeit sind, und doch ist die Beantwortung dieser Frage dem gegenüber unerlässlich, der in das Wesen der Strafschuld einzudringen sucht.

Eine vielvertretene Theorie erblickt in dem Willen des Individuums das Wesentliche der Schuld, schuldhaft verursacht ist für sie ein Erfolg, den der Thäter als gewollten herbeigeführt hat.

Diese insbesondere von Binding²⁾ vertretene Theorie („Willenstheorie“) krankt an einem Fehler: Sie operiert mit einem Willensbegriff, der sich mit dem Willensbegriff des gewöhnlichen wie des in der Psychologie festgestellten Sprachgebrauchs durchaus nicht deckt. Denn während dieser Sprachgebrauch unter Wille das mit der Vorstellung der Erreichbarkeit des Begehrten verbundene Begehrungsvermögen versteht und so nur Vorgestelltes als gewollt ansehen kann,³⁾ steht die „Willenstheorie“ im Widerspruch damit nicht an, unter gewissen Voraussetzungen auch Nichtvorgestelltes als gewollt anzusehen⁴⁾ und führt

verantwortlich gemacht werden könne, wenn er in Schuld sei (*verbis*: „wie das privatrechtliche Delikt ist auch das kriminelle Unrecht schuldhafte Handlung. Nicht nur objektiv muss der Erfolg auf die Willensbethätigung des Thäters zurückgeführt werden können; auch subjektiv muss die Verknüpfung gegeben sein in dem Verschulden des Thäters“), definiert er im unmittelbaren Anschluss daran die Schuld als jene subjektive Beziehung zum Erfolg, an welche die rechtliche Verantwortlichkeit geknüpft ist. Sein Gedankengang (keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine That ohne Schuld — Schuld gleich die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine That) bewegt sich also im *circulus vitiosus*.

²⁾ cf. Normen II. § 37 Seite 102 f.: „Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit“ und im Anschluss daran: „... so lässt sich die Schuld auch als der auf eine Widerrechtlichkeit gerichtete Wille eines Handlungsfähigen definieren.“

³⁾ cf. die oft citierte Abhandlung Sigwart's „der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache“ (beigedruckt dem Verzeichnis der von der philos. Fakultät Tübingen ernannten Doktoren von 1879), insbesondere den Passus auf S. 29: „Der Versuch, alle rechtlichen Folgen eines Thuns . . . als Folgen eines wirklichen Wollens darzustellen, muss der psychologischen Auffassung Gewalt anthun.“

⁴⁾ cf. Binding, Normen II. § 40 S. 130: „Man hat geglaubt, nur das Vorgestellte könne gewollt sein, und geriet so in die Gefahr, die kulposen Verbrechen, sofern der Erfolg bei ihnen nicht vorausgesehen war, aus dem Verbrechensgebiet hinausweisen zu müssen.“

so zu Konsequenzen, wie sie Löffler in dem cit. Werke S. 1 ironisch mit folgender Bemerkung charakterisiert: Wer infolge einer Unachtsamkeit sein geliebtes Kind tötet, muss sich von diesen Theoretikern den Vorwurf ins Gesicht schleudern lassen: „Du hast es frei gewollt.“

Allerdings den einen Vorzug hat die Definition der „Willenstheorie“: Sie sichert, indem sie scharf das spezifische Charakteristikum der Schuld hervorhebt, vor dem Vorwurf, den Binding (Normen II, § 37, Anm. 124) den meisten anderen Schuldtheorien — und wohl nicht ganz mit Unrecht — daraus macht, dass sie den Gattungsbegriff der Schuld ungebührlich vernachlässigen und fast immer neben den Begriffen von *dolus* und *culpa* ignorieren. Es mag dahin gestellt bleiben, welche Definition mehr geeignet ist, das Wesentliche der Schuld klar zum Ausdruck zu bringen, die der „Willenstheorie“ oder die ihrer Gegner, selbst wenn die letztere in nichts anderem bestehen sollte, als in einer Addition des *dolus*- und *culpa*-Begriffes, auf keinen Fall wäre der in Vernachlässigung des Gattungsbegriffes der Schuld liegende Nachteil so gross, um die Schaffung eines mit dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens⁵⁾ und der Wissenschaft nicht im Einklang stehenden Willensbegriffes gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Doch liegt die Sache keinesfalls an dem, dass es nicht auch für den Nichtanhänger der „Willenstheorie“ möglich wäre, den Gattungsbegriff der Schuld in einer einheitlichen Schulddefinition gebührend zum Ausdruck zu bringen.

So kann man etwa, ausgehend von dem allgemeinen, wohl unanfechtbaren Grundsatz, dass das Recht in Bezug auf Befolgung der von ihm gesetzten Normen nichts Unmögliches von Seite der seiner Herrschaft Unterworfenen fordern könne, Schuld definieren als das Causalwerden der freigewollten Handlung des Individuums für einen rechtlich verpönten Erfolg trotz in dem Bewusstsein des Individuums begründeter Möglichkeit, für den rechtlich verpönten nicht kausal zu werden.

⁵⁾ In Bezug auf diesen übrigens von Binding selbst ausdrücklich anerkannt. (cf. Normen II. § 38 S. 113. *verbis*: „Die Erstreckung des Willensbegriffs auf die „unbeabsichtigten Folgen“ widerstrebt zwar dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, . . .“)

Eine solche Möglichkeit aber ist — um dies zuerst negativ zu bestimmen — dann ausgeschlossen, wenn der Handelnde bei Vornahme der Handlung selbst unter Anwendung der den Umständen nach gebotenen Sorgfalt nicht wissen konnte, geschweige denn wusste, dass seine Handlung causal für einen rechtlich verpönten Erfolg werde. Denn konnte er letzteres selbst unter Anwendung des eben statuierten Grades von Sorgfalt nicht wissen, dann hätte es keinen Sinn, von ihm die Nichtvornahme der Handlung zu verlangen; dies fordern, hiesse Unmögliches fordern, und jemand für die Folgen einer Handlung, deren Nichtvornahme füglich nicht von ihm verlangt werden kann, strafrechtlich verantwortlich machen, wäre gleichbedeutend mit der Proklamierung einer strafrechtlichen Zufallshaftung, wie sie Völkern auf unentwickelter Kulturstufe eigen ist.

Eine auf das Bewusstsein des Individuums zurückführbare Möglichkeit des Nichtcausalwerdens für einen rechtlich verpönten Erfolg dagegen ist bei Vornahme einer Handlung als gegeben zu erachten, wenn der Handelnde die Causalität seiner Handlung in Bezug auf diesen Erfolg entweder kannte (Vorsatz, *dolus*) bzw. bei Anwendung der den Umständen nach geforderten Sorgfalt hätte kennen müssen (Fahrlässigkeit, *culpa*), und zwar insoferne, als er dadurch das Eintreten des Erfolges hätte verhüten können. Denn hatte der Handelnde dieses Bewusstsein, wusste also von dem rechtlich verpönten Erfolg seiner Handlung, so war das Grund genug für ihn, die Handlung zu unterlassen; ihn für die Folgen der trotzdem unternommenen Handlung strafrechtlich verantwortlich zu machen, entspricht durch aus dem Rechtsgefühl.

Hat er dagegen dieses Bewusstsein nicht gehabt, hätte es aber bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt haben können und müssen, so stand ihm zwar nicht wie dem vorsätzlichen Thäter jener in der Voraussehbarkeit des rechtlich verpönten Erfolges wurzelnde, zur Unterlassung der vorgesetzten Handlung drängende Grund vor Augen; aber dass dies nicht der Fall war, dass er dieses Motiv der Abhaltung

nicht auf sein Inneres wirken lassen konnte, das hat er sich wegen der in der Nichtanwendung der nötigen Sorgfalt liegenden Pflichtverletzung selbst zuzuschreiben; ihn für die hieraus entstehenden Folgen strafrechtlich verantwortlich zu machen entspricht hinwiederum durchaus dem Rechtsgefühl.

Nur wird naturgemäss bei dem fahrlässigen Thäter eine minder strenge Strafe am Platze sein als bei dem vorsätzlichen, denn „wer seines Herrn Willen weiss und thut ihn nicht, muss doppelte Streiche leiden.“

§ 4.

Das Moment der Rechtswidrigkeit und der Schuldbegriff.

Bei keiner Begriffsbestimmung der Schuld wird man umhin können, zu der bestrittenen Frage Stellung zu nehmen, ob eine subjektive Beziehung zu dem Moment der Rechtswidrigkeit der Deliktshandlung als Requisit des Schuldbegriffs zu betrachten sei.

Ausgehend von dem der Schulddefinition zu Grunde gelegten Prinzip, dass das Recht, will es nicht eine Zufalls- haftung statuieren, nicht Unmögliches von den seiner Herrschaft Unterworfenen verlangen kann, muss man unweigerlich zu einer Bejahung der gestellten Frage kommen.

Denn solange man nicht behaupten kann, dass die Natur einer Deliktshandlung bzw. die Natur des durch sie herbeigeführten Erfolges die Verbotswidrigkeit einer Handlung auch bei Anwendung der grösstmöglichen Sorgfalt unter allen Umständen erkennen lässt, insbesondere es nicht behaupten kann bezüglich jener den reinen Ungehorsamsdelikten sich nähernden Gruppe von Polizeidelikten, bei welchen der Zusammenhang mit einem durch das Verbot der Polizeideliktshandlung geschützten Rechtsgut fast vollständig gelöst erscheint, so lange man weiter nicht behaupten kann, dass jede Rechtsnorm sämtlichen Individuen, an die sie sich richtet, bekannt ist bzw. nur durch Nachlässigkeit der letzteren nicht bekannt wurde (man denke an

die zahllosen in ihrer Geltung in der Regel auf einen kleinen territorialen Bezirk beschränkten, zeitlich meist einem verhältnismässig raschen Wechsel unterworfenen Polizeinormen, welche innerhalb ihres Geltungsbereiches allgemein, also auch für den nichteingesessenen Fremden verbindlich sind), solange muss man die Möglichkeit zugeben, dass eine Person mit Wissen bzw. in nur durch Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt verschuldetem Nichtwissen den Thatbestand eines Delikts verwirklicht, ohne zugleich auch zu wissen bzw. bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt wissen zu können, dass das Recht die Verwirklichung dieses Thatbestandes nicht gestattet, also in dem durch Fahrlässigkeit nicht verschuldeten guten Glauben, eine rechtlich indifferente (unter Umständen vielleicht sogar rechtlich gebotene) Handlung zu begehen.

Die Person trotzdem für das Delikt strafrechtlich verantwortlich machen, heisst eine mit dem Strafzweck schlechterdings unvereinbare (vgl. hierüber oben § 2 I.) strafrechtliche Zufallshaftung statuieren.

Unbegreiflich muss es desshalb erscheinen, wenn man neuerdings — obwohl die strafrechtliche Zufallshaftung prinzipiell verwerfend — den von jeher zweifelsohne nur im Sinn einer Präsumtion gedachten und als solche unter gewissen Einschränkungen sehr wohl denkbaren (cf. oben § 2 II. i. f.) Satz „*ignorantia juris nocet*“ in dem Sinn auslegen zu wollen, dass eine subjektive Beziehung des Delinquenten zu dem Moment der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise nicht als wesentlicher Schuldbestandteil zu betrachten sei.

Und diese mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein in so schneidendem Widerspruch stehende¹⁾ Auffassung muss um

¹⁾ Vgl. in dieser Richtung die markigen Worte der Einleitung zu Ortloff's „Die Strafbarkeits-Erkenntniss als Schuldvoraussetzung (Marburg 1891),“ insbesondere den Passus auf Seite 2: „Das Gemüt fühlt sich verletzt oft bis zur Entrüstung und Empörung, ja Verzweiflung an der menschlichen Gerechtigkeit, wenn die Ueberzeugung besteht, dass der Mangel jener Erkenntniss (sc. der Strafbarkeit) ein unvermeidlicher nach den Verhältnissen, der Irrtum ein menschlich erklärlicher und entschuldbarer gewesen sei (sc. aus dem Vorhergehenden:

so unbegreiflicher erscheinen, als sich sämtliche von ihren Verteidigern gegen die entgegengesetzte Auffassung vorgebrachten Einwendungen als unstichhaltig erweisen. Es mag genügen, wenn ich mich zum Nachweis für diese Behauptung auf eine Widerlegung der von Lucas (subjektive Verschuldung S. 78 ff.), einem der Hauptrüfer im Streite auf Seite der Gegner, wider die Binding'sche Schuldlehre gebrachten Einwendungen, soweit nicht letztere durch die in vorliegender Arbeit vertretene, von der Binding'schen Lehre abweichende Auffassung gegenstandslos sind, beschränke, da dessen diesbezügliche Ausführungen wohl auf alle in dieser Frage je berührten Gesichtspunkte eingehen und so auf eine gewisse Vollständigkeit Anspruch erheben können.

Als gewichtigstes Argument für die Stütze seiner Ansicht, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Schuldbegriff gehöre, bezeichnet Lucas den Umstand, dass bei der gegenteiligen Ansicht der Staat sein Recht zu strafen abhängig gemacht haben würde, von den schwankenden Rechtsansichten und der grösseren oder geringeren Empfindlichkeit seiner Unterthanen („... es würde heissen ein Privilegium nicht nur für die Unerfahrenheit, sondern auch für Trägheit und Beschränktheit aufstellen, wenn statt Betonung der wichtigen Verpflichtung der Staatsbürger Gesetze und Sitte ihres Landes genau kennen zu lernen, die negligente Unkenntniss, die Stumpfheit des Pflichtbewusstseins gegen alle Strafübel wirksam sollte schützen können.“)

Demgegenüber ist zu erwidern, dass dieses Argument mit einer gewissen Berechtigung gegen die Binding'sche Schuldlehre ins Treffen geführt werden kann; nicht aber gegen die der vorliegenden Arbeit, welche durch Heranziehung

und trotzdem eine Verurteilung des diesen Irrtum vorschützenden Angeklagten statthabte).“ Entschlüpft doch selbst Lucas, den wir in Bälde als einen Hauptgegner der hier vertretenen Auffassung kennen lernen werden, gelegentlich die Bemerkung: „Es will dem natürlichen Gefühl nicht recht einleuchten, wie jemand ein Dieb sein kann, der nicht geglaubt hat, zu stehlen.“ (Subjekt. Verschuldung § 16 S. 94.)

auch des pflichtwidrig nicht erlangten Bewusstseins der Rechtswidrigkeit gegen die Privilegierung negliger Unkenntnis und Stumpfheit des Pflichtbewusstseins ein Mittel an die Hand gibt.

Wenn Lucas fernerweit unter Betonung des absoluten Schutzes, den die strafrechtlich zu schützenden staatlichen Interessen und Güter bedürften, hervorhebt, die denselben zugefügte Beeinträchtigung sei objektiv nicht geringer, wenn der Thäter die Rechtswidrigkeit seines Thuns nicht empfunden habe, so kann man wohl mit demselben Recht das Gleiche behaupten, wenn ein Jugendlicher oder Geisteskranker delinquent hat, eine Konsequenz, die zu ziehen Lucas selbst schwerlich geneigt sein dürfte.

Auch der weitere Einwand, es sei ein ziemlich häufiges Erlebnis des Praktikers, dass der Angeklagte, wo das richterliche Auge das Vorliegen der objektiven Merkmale der Strafthat sofort erkenne, mit Ueberzeugung behaupte, nur in seinem Rechte gehandelt zu haben, lässt sich wohl leicht durch den Hinweis darauf aus der Welt schaffen, dass der richtige Praktiker keineswegs immer so naiv sein wird, solchen Behauptungen des Angeklagten Glauben zu schenken, mögen sie auch noch so sehr mit Ueberzeugung vorgebracht sein; dass vielmehr gerade diese Lüge, um mit Binding zu sprechen (Normen II. § 34 S. 65), leichter zu durchschauen ist, wie die meisten anderen, die vor Gericht kommen, weil das Wissen um die Normen leichter zu erlangen ist, als das Wissen um viele andere Thatfachen. Andererseits ist aber darauf hinzuweisen, dass selbst in den Fällen, in welchen des Angeklagten Vorbringen glaubwürdig wäre, immer noch — wenn auch in beschränkterem Masse — eine rechtliche Verantwortlichkeit solange anzunehmen ist, als dem Angeklagten nach Lage der Sache die nicht-erlangte Kenntnis von der Rechtswidrigkeit zugerechnet werden kann.

Ohne es offenbar zu merken, kommt Lucas, indem er die Richtigkeit seiner Behauptung, dass der Staat sein Recht zu strafen nicht abhängig machen dürfe, von Verirrungen

des Rechtsgefühls des Einzelnen, durch Hinweis auf solche, besonders auf politischem und sozialem Gebiete häufig vorkommende Verirrungen zu einer verhängnisvollen Verwechslung von Recht und Moral, zweier Begriffe, deren scharfes Auseinanderhalten Lucas an anderer Stelle seines citierten Werkes (§ 14 S. 61) als besonders notwendig hervorhebt (*verbis*: das Wort „rechtswidrig“ muss aber auch betont werden, um verwirrenden Verwechslungen vorzubeugen. Die Handlung muss gegen das geltende Recht verstossen und dieses ist nicht indentisch mit der Moral). Wenn er nämlich in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass es ernstliche Bekenner der Ueberzeugung gegeben habe, wonach der politische Mord unter Umständen für entschuldbar erklärt wurde, so übersieht er hierbei nur das eine: Man kann vom politischen Standpunkte aus überzeugt sein, dass der politische Mord etwas erlaubtes sei; trotzdem aber ganz genau wissen, dass das positive Recht nicht immer mit den politischen Anschauungen gewisser Kreise harmoniere. Gerade jene politischen „Dilettanten, Schwärmer und Fanatiker“ sind es, welche das jeweilige positive Recht ganz gut kennen, und welche, weil sie in ihm einen Widerspruch zu ihren perversen politischen Ideen finden zu müssen vermeinen, bewusstermassen dieses Recht übertreten, um dadurch als Märtyrer der „Wahrheit“ der Welt die Augen zu öffnen. Es ist interessant, zu beobachten, wie sich Lucas bei dem von ihm zur Illustration angezogenen Fall „Sand“ mit seinen eigenen Worten schlägt: „Als Sand Kotzebue ermordete,“ meint er hier, „hielt er seine Handlung für eine im höchsten Sinne sittliche, von einer höheren ewigen Ordnung gebotene“; dass er sie aber für eine höchst rechtliche, durch die Rechtsordnung gebotene — und das kommt doch wohl allein in Betracht — gehalten hat, das wagt Lucas selbst nicht zu behaupten. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bedeutet eben nicht das Bewusstsein, sich mit, einer höheren übersinnlichen Ordnung angehörigen, Geboten in Konflikt zu befinden, es bedeutet das Bewusstsein, gegen das positive Recht zu verstossen. Rechtlich relevant

natürlich kann nur das letztere sein. Wer weiss, dass eine gewisse Handlung nach positivem Recht verboten ist, und sie in der Ueberzeugung, einer höheren Ordnung gehorchen zu müssen, vornimmt, den kann dies natürlich, will der Staat nicht auf Aufrechterhaltung der Rechtsordnung verzichten, nicht zur Entschuldigung gereichen.

Uebrigens lassen sich alle der von Lucas gegen die Berücksichtigung des Rechtsirrtums als Schuldausschliessungsgrund vorgebrachten Einwendungen *mutatis mutandis* auch gegen die Berücksichtigung des thatsächlichen Irrtums als Schuldausschliessungsgrund vorbringen.

Wenn es wahr ist, dass des Staates Interessen und Güter, welche er mittels des Strafrechts schützen will, eines absoluten Schutzes bedürfen, dann ist die denselben zugefügte Beeinträchtigung objektiv nicht geringer, wenn der Thäter bei Vornahme der diese Beeinträchtigung herbeiführenden Handlung nicht gewusst hat (bezw. nicht gewusst haben konnte), dass seine Handlung eine Beeinträchtigung staatlicher Interessen und Güter herbeiführen werde; es dürfte der Staat sein Recht zu strafen nicht abhängig machen von den schwankenden Ansichten seiner Unterthanen über die Causalitätsgesetze. Es würde ein Privilegium nicht nur für die Unerfahrenheit, sondern auch für die Trägheit und Beschränktheit bedeuten, wenn statt Betonung der wichtigen Verpflichtung zur Aufmerksamkeit die Stumpfheit des Pflichtbewusstseins zwar nicht gegen alle Strafübel wirksam schützen sollte (dies behaupten wir ja auch nicht bei dem fehlenden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, da nach der hier vertretenen Auffassung auch das pflichtwidrig nicht erlangte Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu einer Bestrafung für ausreichend erklärt wird), aber doch wenigstens eine mildere Bestrafung herbeiführen müsste.

Auch beim thatsächlichen Irrtum wird der Angeklagte stets mit Ueberzeugung behaupten, in seinem Recht, d. i. schuldlos gehandelt zu haben, indem er den Erfolg seiner Handlung für nicht voraussehbar erklären wird.

Und vollends der schwärmerische Religionsfanatiker könnte mit Ueberzeugung dem Richter immer die Einrede vorbringen, er habe bei Vornahme der Handlung mit einem Glauben, der Berge versetzen kann, durch ein göttliches Wunder eine Unterbrechung der Causalgesetze und so ein Nichteintreten des verpönten Erfolges erwartet.

Allerdings einer Beobachtung können wir uns nicht entziehen: In der Praxis bedeutet es einen enormen Vorteil, wenn man dem Angeklagten die Berufung auf den Rechtsirrtum abschneidet.

Diese Beobachtung einerseits, wie andererseits die Erkenntnis, dass eine das Vorhandensein des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit unwiderlegbar annehmende Präsumtion sich in ihrer Allgemeinheit nicht rechtfertigen liesse, kann allein nur der Grund gewesen sein, warum man zu dem in der That unheilvollem Satze gelangte, eine subjektive Beziehung des Thäters zum Moment der Rechtswidrigkeit sei überhaupt nicht als Schuldrequisit zu betrachten. Steht doch z. B. v. Liszt (Lehrbuch § 40) nicht an, mit Beziehung auf diese Frage wörtlich zu behaupten: „Eine solche Forderung (sc. dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatzbegriff gehöre) würde — und das ist der ausschlaggebende Grund — die Rechtspflege geradezu lahmlegen.“

Dass aber eine relative Schwierigkeit in der praktischen Durchführung — und dass eine solche hier vorhanden, wird nicht geleugnet — die Theorie nie zur Aufgabe eines von ihrem Standpunkte aus als richtig erkannten Grundsatzes verleiten darf, wird nicht bezweifelt werden. Es gilt hier vielmehr, was Binding (Normen II. S. 65) mit folgenden Worten treffend zum Ausdruck bringt: „Selbst wenn die praktische Tragweite jenes Folgesatzes (dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit Voraussetzung einer jeden Bestrafung sei) grösser wäre als sie ist, wenn seine Anerkennung den Gefängnissen noch weit mehr Personen vorenthalten würde, als die geringe Zahl, denen er zu statten kommen wird, würde ich ihn mit Freuden anerkennen. Denn es ist stets

erfreulich, wenn der Staat mit gutem Gewissen seiner Strafpflicht engere Grenzen ziehen kann; ebenso verwerflich aber erscheint es, den Gesetzen dadurch Achtung zu erzwingen, dass man die Unschuldigen straft, damit die Schuldigen zittern!“

§ 5.

Die Einteilungsformen der Schuld.

Es würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, wollte hier eine genaue Darstellung der Schuldarten gegeben werden. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt es, darauf hinzuweisen, dass der in ihr vertretene Standpunkt, wonach die subjektive Beziehung des Thäters zur Verbotswidrigkeit der Handlung als selbständiges Requisite des Schuldbegriffs zu gelten hat, eine andere als die herkömmliche Gruppierung der Schuldarten bedingt.

Während man sonst die Schuld in zwei Arten (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zerlegt und erstere dann annimmt wenn der Thäter in Kenntnis der Causalität seiner Handlung für einen bestimmten rechtlich verpönten Erfolg causal geworden ist, und letztere dann, wenn dies zwar ohne solche Kenntnis, aber in durch Nichtanwendung der gebotenen Sorgfalt veranlasster Unkenntnis geschehen ist, ergibt sich nach unserer Auffassung folgende Gruppierung:

1. Schuldart.

Causalwerden für einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg unter Vorstellen der Causalität und der Rechtswidrigkeit.

2. Schuldart.

Causalwerden unter Vorstellen der Causalität und unter Vorstellenkönnen der Rechtswidrigkeit (bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt).

3. Schuldart.

Causalwerden unter Vorstellenkönnen der Causalität und unter Vorstellen der Rechtswidrigkeit.

4. Schuldart.

Causalwerden bei Vorstellenkönnen der Causalität sowohl, wie der Rechtswidrigkeit.

Nach der gewöhnlichen Terminologie kann man nur die erste Schuldart unter den Vorsatzbegriff subsumieren, während man die drei letzten Schuldarten unter den Begriff der Fahrlässigkeit zu stellen hat.

In welchem Verhältnis diese 4 Schuldarten zu einander in Bezug auf ihre Schwere stehen, und in welcher Weise dieses Verhältnis bei der Festsetzung der Strafraumen zu berücksichtigen ist, sind Fragen, die in diesem Zusammenhang nicht erschöpfend behandelt werden können.

Anher sei lediglich constatiert, dass ich die hier unterschiedenen Schuldarten der Fahrlässigkeit hinsichtlich ihrer Schwere durchaus nicht einander gleichstelle, vielmehr die erste derselben, obwohl ihrer Natur nach als Fahrlässigkeit zu bezeichnen, der als Vorsatz zu bezeichnenden Schuldart näher stehend erachte als den beiden letzten Schuldarten der Fahrlässigkeit unter den Ziffern 3 und 4.¹⁾

¹⁾ Dadurch nähere ich mich dem Standpunkt Merkel's, der zwar bei Rechtsirrtum den *dolus* nicht für ausgeschlossen erklärt (Lehrbuch Seite 84), allgemein aber bei Unmöglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit der Handlung eine Zurechenbarkeit derselben als Schuld unbedingt ausschliesst (a. a. O. Seite 67 ff.).

Teil II.

Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch.

Einleitung.

§ 6.

Es gilt nun, die im allgemeinen Teil mit Bezug auf den Straf- und Schuldbegriff gewonnenen Resultate auf die Delikte des R.St.G.B. anzuwenden, um hieraus ersehen zu können, ob und inwieweit bei ihnen von einer Strafe ohne Schuld gesprochen werden kann.

Zu diesem Behufe ist zunächst festzustellen, ob der dem R.St.G.B. zu Grunde gelegte Straf- und Schuldbegriff die für diese Begriffe im allgemeinen Teil postulierten wesentlichen Merkmale an sich trägt, und ob sich nicht schon hier eine generelle Ausnahme von dem Satze „*nulla poena sine culpa*“ konstatieren lässt; sodann ist weiterhin zu untersuchen, ob die einzelnen Delikte des R.St.G.B. die im allgemeinen Teil als dem Straf- und Schuldbegriff wesentlich bezeichneten Merkmale sämtlich auch aufweisen, und nicht vielmehr manche dieser Deliktsthatbestände ihrerseits eine Strafe ohne Schuld in dem Sinn des R.St.G.B. statuieren.

In letzteren Zusammenhang gehören vor allem die sich eventuell findenden — widerlegbaren und unwiderlegbaren — Präsumtionen von einzelnen Deliktsthatbestandsmerkmalen.

Denn wenn auch die Präsumtion — zu definieren als Annahme auf Grund einer blossen Wahrscheinlichkeit ohne den sonst erforderlichen Beweis¹⁾ — vermöge ihrer Natur

¹⁾ cf. Schmid, Präsumtionen, S. 17 im Gegensatz zu Burkhard (die civilistischen Präsumtionen), der (cf. insbesondere § 16 des cit. Werkes) das Wahrscheinlichkeitsmoment als Essentiale des Präsumtionsbegriffs mit Unrecht nicht gelten lassen will.

als Beweissurrogat immer die Tendenz hat, der Wahrheit möglichst nahe zu kommen (im Gegensatz zur Fiktion, die zwecks Erleichterung der juristischen Vorstellung und Darstellung, bzw. Anknüpfung gewolltermassen mit der Unwahrheit operiert), so führt sie doch faktisch in den Fällen, in welchen ihre Annahme mit der Wirklichkeit divergiert, bei ihrer Verwendung im Strafrecht zu einer strafrechtlichen Haftbarmachung für ein nicht existierendes Deliktsthatbestandsmerkmal, also zu einer Strafe ohne Schuld, und zwar als unwiderlegbare Präsuntion immer, und als widerlegbare dann, wenn aus irgend welchen Gründen der an sich zulässige Gegenbeweis nicht geführt wird.

Abschnitt I.

Allgemeiner Straf- und Schuldbegriff des Reichsstrafgesetzbuches.

§ 7.

Strafbegriff des R.St.G.B.

Was den Begriff der Strafe im R.St.G.B. anlangt, so enthält letzteres keine Bestimmung desselben; er ist vielmehr indirekt aus den einzelnen Strafdrohungen in Zusammenhang mit den allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätzen zu entwickeln.

Danach dürfte die im allgemeinen Teil aufgestellte Definition der Strafe wohl unverändert auf den Strafbegriff des R.St.G.B. in Anwendung zu bringen sein, namentlich dürfte auch hier die dort getroffene Präzisierung des Strafzweckes deshalb hauptsächlich nicht fehlen, weil sich im R.St.G.B. eine Reihe von strafähnlichen Massregeln findet, denen nur mit Rücksicht auf ihren vom Strafzweck abweichenden Zweck der Strafcharakter abgesprochen werden muss. Gedacht ist hiebei an die im R.St.G.B. vielfach (cf. §§ 40, 41, 42, 152, 295, 296a, 335, 360^{II}, 367^{II}, 369^{II}) angedrohten Massregeln der Einziehung, Vernichtung, Unbrauch-

barmachung von durch ein Delikt hervorgebrachten oder zur Begehung eines solchen gebrauchten oder bestimmten Gegenständen. Denn der Zweck dieser Massregeln ist nicht der, ein Interesse eines Delinquenten zu verletzen, sondern der, dem Verkehr überhaupt bezw. der Hand gewisser Individuen Gegenstände zu entziehen, die entweder allgemein (wie z. B. verfälschte oder verdorbene Getränke und Esswaren, ohne besondere Erlaubnis angefertigte Risse von Festungen, nachgemachtes und verfälschtes Geld) oder bei gewissen Individuen (wie Jagd- und Fischfanggeräte) eine weitere Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung befürchten lassen; ihr Zweck ist also kein pönaler, sondern ein polizeilich präventiver (so vor allem v. Liszt Lehrbuch § 58, I., 2a). Der Umstand nämlich, dass die bezeichneten Massregeln der Konfiskation in einer grossen Anzahl von Fällen auch gegenüber dem Eigentümer, dessen Schuld nicht nachgewiesen ist, ja dessen Unschuld positiv feststeht, stattfinden kann (cf. §§ 360^{II}, 367^{II}), oder gar stattfinden muss (cf. §§ 152, 295, 296a, 369^{II}), beweist, dass die Konfiskation in den Fällen wenigstens, wo sie bei nicht nachgewiesener Schuld, bezw. bei nachgewiesener Unschuld¹⁾ gestattet oder gar geboten ist, sicher nicht als Strafe aufgefasst werden kann (so auch Binding, Handbuch § 15 III 2c, S. 84 und § 108 I Abs. 2, insbesondere Anm. 2, S. 497).

Steht es nun auf diese Weise fest, dass die Konfiskation dem „nichtschuldigen“ Eigentümer gegenüber keine Strafe statuiert, so glaube ich, wird man dies von dem Institut der Konfiskation als ganzem solange behaupten müssen, als nicht zwingende Gründe vorhanden sind, die dafür sprechen, dass der Gesetzgeber dem „schuldigen“ Eigentümer gegenüber im Gegensatz hiezu die Konfiskation als Strafe aufgefasst habe.

¹⁾ Daraus geht hervor, dass hier eine „vermutete“ Schuld des Eigentümers nicht der Grund der Androhung der Massregel ist. Denn eine solche Präsumtion würde zu sehr mit den thatsächlichen Verhältnissen kontrastieren und es hiesse dem Gesetzgeber eine unverantwortliche Willkür imputieren, wollte man annehmen, er habe hier eine Präsumtion schaffen wollen, die nicht durch einen genügenden Grad menschlicher Wahrscheinlichkeit gestützt erscheint.

Die Statuierung der Schuld als Voraussetzung der Verhängung der Konfiskation — und letzteres Moment ist das einzige, was diese Fälle von den anderen unterscheidet, — zwingt nicht zu dieser Annahme. Diese Statuierung lässt sich vielmehr am natürlichsten daraus erklären, dass es sich hier um ihrer Natur nach weniger gefährliche Fälle handelt, und so der Gesetzgeber bei Kollision der Interessen des Einzelnen mit denen der Gesamtheit in Anbetracht der Geringfügigkeit der Interessengefährdung der Gesamtheit in einem beschränkten Mass den Einzelinteressen insoferne Rechnung getragen hat, als er den „schuldlosen“ Eigentümer mit der Konfiskation verschont, nicht aber den einer solchen Schonung unwürdigen „schuldhaften“ Eigentümer.

Eine solche Erklärung steht vollständig im Einklang mit der Thatsache, dass auch bei nachgewiesener Schuld in einer Reihe von Fällen (cf. oben) die Verhängung der Konfiskation in das freie Ermessen des Gerichts gestellt ist, eine Regelung, die — offenbar die Intention verfolgend, dass das Gericht in minder gefährlichen Fällen von der Verhängung der Konfiskation Abstand nehmen solle, — sich wohl bei einer Präventivmassregel, nicht aber bei einer Strafe erklären liesse.²⁾

Es geht also diesen Ausführungen zufolge nicht an, — und deshalb war ein Eingehen auf die Frage für die Zwecke der vorliegenden Arbeit geboten — in den Fällen, in welchen die Konfiskation einem Nichtdelinquenten gegenüber Platz greift, von einer Strafe ohne Schuld (etwa von einer Strafe auf Grund einer Schuldpräsumtion) zu sprechen.

§ 8.

Schuldbegriff des R.St.G.B.

Was den Schuldbegriff des R.St.G.B. anlangt, so findet sich auch hier keine Definition im Gesetzbuch.

²⁾ So gelangt denn auch Olshausen, ein Gegner der hier vorgetragenen Auffassung, in Note 5 zu § 40 seines Kommentars zu dem Resultat, dass der Richter sich bei der fakultativ angedrohten Einziehung stets bewusst bleiben müsse, dass der Zweck der Ein-

Doch steht wenigstens so viel fest: einmal, dass der Gesetzgeber die freie Willenshandlung eines zurechnungsfähigen Individuums als Kausalität eines rechtlich verpönten Erfolges voraussetzt (dies ergeben die §§ 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 u. 58), zum anderen, dass er zwei Schuldarten, Vorsatz und Fahrlässigkeit, kennt. Was der Gesetzgeber aber unter Vorsatz und Fahrlässigkeit versteht, hat er hinwiederum nicht angegeben, vielmehr nur indirekt in § 59 zum Ausdruck gebracht. (Anderer Meinung Rubo, Kommentar, Anm. 3 zu § 59 und Oppenhoff, Kommentar, Anm. 5 zu § 59).

Daraus nämlich, dass Absatz I dieses § im Gegensatz zu dem nach seiner Ausdrucksweise nur auf fahrlässige Thatbestände anwendbaren Absatz II die Zurechenbarkeit von Thatumständen bei Nichtkenntnis derselben ausschliesst, ist zu ersehen, dass Kenntnis¹⁾ aller zum gesetzlichen Thatbestand gehörigen Thatbestandsmerkmale zum Vorsatzbegriff des R.St.G.B. gehört; daraus sodann, dass Absatz II, welcher übrigens den Begriff der Fahrlässigkeit²⁾ als durch Theorie und Praxis genügend festgestellt nicht näher bestimmt, bei durch solche Fahrlässigkeit verschuldeter Nichtkenntnis zum gesetzlichen Thatbestand gehöriger Thatumstände die Zurechenbarkeit ausschliesst, ist zu ersehen, dass der Gesetzgeber unter Fahrlässigkeit die durch Nichtanwendung der pflichtmässigen Sorgfalt (= durch Fahrlässigkeit im

ziehung nicht die Zufügung eines Vermögensnachteiles ist, d. h. mit anderen Worten nach unsern früheren Ausführungen: die Einziehung ist keine Strafe.

¹⁾ Ueber den Umfang des Begriffes „Kenntnis,“ insbesondere über die Ausdehnung desselben auf die unteren Grade der Wissentlichkeit enthält das R.St.G.B. nichts. Doch ist in Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung anzunehmen, dass dieses Kennen nicht identisch mit Wissen = Ueberzeugtsein ist, vielmehr auch das blosse Fürmöglichhalten (den *dolus eventualis*) umfasst. Immerhin sind damit nicht alle Zweifel über die Abgrenzung des Begriffes behoben, was eine Quelle der schwersten Controversen in Theorie und Praxis geworden ist. Mit Recht gegen diese Art des Gesetzgebers, den Schwierigkeiten einer Definition aus dem Wege zu gehen, Binding, Normen II, § 60, S. 458 ff.

²⁾ Etwa zu definieren: als die Nichtanwendung der nach den concreten Umständen für den Handelnden gebotenen Sorgfalt.

Sinne des § 59 Abs. II) verschuldete Nichtkenntnis zum gesetzlichen Thatbestand gehöriger Thatbestandsmerkmale versteht.

Das bisher Ausgeführte dürfte Widerspruch nicht finden; streitig wird die Sache erst dann, wenn die Frage aufgeworfen wird, welche Thatumstände zum gesetzlichen Thatbestand gehören, ob hierzu insbesondere das Moment der Rechtswidrigkeit zu rechnen ist, bzw., da die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung selbstverständliches³⁾ Begriffsmerkmal eines jeden Delikts ist, ob das Moment der Rechtswidrigkeit als Thatumstand in dem Sinn aufzufassen ist, dass Nichtkenntnis dieses Momentes den Vorsatz schlechterdings und die Fahrlässigkeit unter Umständen (wenn die Nichtkenntnis durch Ausserachtlassung der nötigen Sorgfalt verschuldet ist) ausschliesst.

Im allgemeinen Teil ist diese letztere Frage *de lege ferenda* unbedingt bejaht worden; *de lege lata* dürfte sie für den Interpreten des R.St.G.B. ebenso unbedingt zu verneinen sein.

Welche Thatumstände nämlich zum gesetzlichen Thatbestand eines Delikts gehören derart, dass ihre Nichtkenntnis das Vorhandensein einer Schuld nach § 59 ausschliesst, kann einzig und allein der Wille des Gesetzgebers bestimmen, nicht aber eine theoretische Erwägung des Interpreten.

So richtig ich vom Standpunkt der Theorie aus die Behauptung Bindings (Normen II § 75, S. 607) finde: „Nun gibt es keinen Thatumstand, der für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre als grade das Verbotensein der Handlung,“ für so willkürlich erachte ich die hieran geknüpfte Schlussfolgerung: „Der Unwissenheit des Verbotenseins gilt somit die Satzung des § 59 gleichfalls.“ Denn, wie aus der Genesis des § 59 des R.St.G.B. und des für

³⁾ Denn es gibt keine Handlung — und bestünde sie auch in der Verletzung der heiligsten Rechtsgüter —, die unter allen Umständen als solche schon Delikt wäre, die nicht auch rechtmässig begangen werden könnte (z. B. im Notstand).

ihn vorbildlichen und ausweislich der Motive⁴⁾ mit ihm sachlich vollständig übereinstimmenden § 44 des Preuss. Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 zur Evidenz hervorgeht (cf. Heinemann, die Binding'sche Schuldlehre 1889, S. 122 ff.), war der Wille des Schöpfers des R.St.G.B. zweifellos darauf gerichtet, dem Gesetzbuch den in der Doctrin herrschenden Satz „*error juris nocet*“ stillschweigend zu Grunde zu legen.

Aber selbst wenn man auf diesen Umstand deshalb weniger Gewicht legen wollte, weil er im Gesetze einen entsprechenden Ausdruck nicht gefunden hat (so Hälschner, Strafrecht Bd. I, S. 262 und Olshausen, Kommentar § 59, N. 30), so kann man doch auch aus dem Gesetzbuch selbst nicht den geringsten Anhalt dafür finden, dass es das Moment der Rechtswidrigkeit als einen zum gesetzlichen Thatbestand gehörigen Thatumstand anzusehen gestatte. Im Gegenteil! Die Hervorhebung des Moments der Rechtswidrigkeit im gesetzlichen Thatbestand einzelner Delikte beweist, dass dieses Moment als ein allen Delikten gemeinsamer Thatumstand⁵⁾ nicht gelten kann.

Steht es nun auf diese Weise fest, dass der Gesetzgeber des R.St.G.B. eine subjektive Beziehung des Delinquenten auf das Moment der Rechtswidrigkeit als Schuldrequisit nicht anerkannt hat, so wird ihn hiebei in letzter Linie wohl hauptsächlich die Erwägung geleitet haben, dadurch einer regelmässigen Einrede des Delinquenten, er habe die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht gewusst, bzw. nicht wissen können, zuvorzukommen und so der Praxis einen lästigen Beweis zu ersparen.

In letzter Linie wäre es also nichts anderes als ein Ueberbleibsel der alten Doluspräsumtion, was sich hier aus dem alten in das neue Recht hinübergerettet hat⁶⁾, freilich in anderer Gewandung unter Verleugnung ihres eigentlichen

⁴⁾ Zu § 57 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs.

⁵⁾ Natürlich nur im Sinne des § 59; nicht aber in dem Sinn, dass die Delikte des R.St.G.B. allgemein durch objektiv nicht rechtswidrige Handlungen gebildet würden.

⁶⁾ So Binding, Normen II, S. 134 ff.

Charakters; denn während man sich ehemals nicht scheute, offen auszusprechen, dass man zwar eine subjektive Beziehung zum Moment der Rechtswidrigkeit prinzipiell als Schuld Voraussetzung betrachte⁷⁾, aber, um Beweisschwierigkeiten zu entgehen — und der Stand des damaligen Beweisrechts⁸⁾ liess eine solche Massregel begreiflich finden — diese Beziehung präsumiere, hat man heutzutage unter Verwerfung der Präsumtion den gleichen Effekt durch Umgestaltung des Dolusbegriffs in der Art zu erreichen gesucht, dass man demselben das wichtigste Requisite, die subjektive Beziehung zum Moment der Rechtswidrigkeit nahm.

Die Folge ist die: In all' den Fällen, in welchen bei dem Delinquenten thatsächlich diese subjektive Beziehung zum Moment der Rechtswidrigkeit nicht gegeben war — — und dass dies sehr wohl ohne Verschulden desselben vorkommen kann,⁹⁾ dürfte in § 4 der Arbeit nachgewiesen sein — erleidet er eine schuldlose Strafe.

⁷⁾ cf. z. B. Preussisches Landrecht T. II, Titel 20, § 10: „Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden“ in Zusammenhalt mit dem folgenden § 11: „Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und im Stande gewesen ist“ oder Art. 71 des Bayer. Strafgesetzbuches von 1813 (Wortlaut siehe oben Anm. 9 zu § 2).

⁸⁾ Man bedenke, dass unter einem strafprozessualen Verfahren, das die Anwendung des Indicienbeweises nicht gestattet, dem Angeklagten diese interne Thatsache nur dann vollwirksam „bewiesen“ werden könnte, wenn er sich zu einem Geständnis herbeilässt.

⁹⁾ Sowohl, wie recapitulierend bemerkt wird, allgemein bezüglich der einer reinen Ungehorsamsstrafe sich nähernden Polizeidelikte, als auch bezüglich der anderen Delikte bei dem in der geistigen Entwicklung zurückgebliebenen, sonst aber nicht unzurechnungsfähigen Delinquenten (von Ulpian in l. 3 § 22 D 29, 3 treffend mit „*per imperitiam vel per rusticitatem ignarus*“ bezeichnet), namentlich bei dem einer unzivilisierten Nation entstammenden Ausländer. Während man nach § 4 des R.St.G.B. den Inländer sogar prinzipiell straflos lässt bei Begehung von Verbrechen und Vergehen im Ausland, sofern dieselben im Ausland nicht mit Strafe bedroht sind, ihm also nicht zumutet, seine heimische Kultur mit ins Ausland zu nehmen, bestraft hier umgekehrt der Gesetzgeber den im Inland delinquierenden Ausländer, selbst wenn derselbe von der Verbotswidrigkeit der Deliktshandlung keine Ahnung hatte und haben konnte.

Abschnitt II.

Strafe ohne Schuld im speziellen Teil des Reichsstrafgesetzbuches.

§ 9.

Vorbemerkung.

Fehlt schon, wie im vorigen § ausgeführt wurde, dem allgemeinen Schuldbegriff des R.St.G.B. ein wichtiger Bestandteil, die subjektive Beziehung zum Moment der Rechtswidrigkeit, so finden sich im speziellen Teil des Gesetzbuches selbst wieder teils ganze Deliktsgruppen, teils verschiedene Einzeldelikte, deren spezifische „Schuld“ die dem allgemeinen Schuldbegriffe des R.St.G.B. zu Grunde gelegten wesentlichen Bestandteile nicht aufweist, die also selbst nach dem Masstab des R.St.G.B. eine Strafe ohne Schuld ermöglichen. Hierüber soll in den sechs folgenden Kapiteln gehandelt werden.

Kapitel I.

Die sog. qualifizierten Erfolgsdelikte.

vgl. über dieses Kapitel insbesondere: Löffler, Schuldformen, § 12 S. 262 ff. und Thomsen, Ueber den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895.

§ 10.

Allgemeine Charakteristik der qualifizierten Erfolgsdelikte.

Das R.St.G.B. bedroht in Anlehnung an das preussische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 und in Uebereinstimmung mit anderen modernen Gesetzgebungswerken vielfach teils vorsätzliche, teils fahrlässige Deliktsthatsbestände (sog. Grunddelikte) dann mit einer qualifizierten Strafe, wenn an dieselben gewisse schwerwiegende Folgen — Körperverletzung, schwere Körperverletzung, ansteckende Krankheit, Tod eines Menschen, Viehseuche, Strandung eines Schiffes — sich anschliessen, (sog. durch eine Folge qualifizierte Delikte,¹⁾ qualifizierte Erfolgsdelikte).

¹⁾ So benannt von Thomsen a. a. O.

Es dürften hieher folgende Paragraphen des R.St.G.B. in Betracht kommen:

a) mit vorsätzlichem Grunddelikt: 118, 178, 206, 220^{II}, 221^{III}, 224, 226, 227^{II}, 229^{II}, 239^{II & III}, 251, 307, Ziff. 1, 312, 315^{II}, 321—324, 327, 328, 340^{II},

b) mit fahrlässigem Grunddelikt: 309, 314, 316, 326.

Ob und inwieweit bei dieser Art von Delikten die qualifizierenden Folgen subjektiv dem Thäter des Grunddelikts zugerechnet werden müssen, um ihn für die qualifizierende Folge strafrechtlich qualifiziert haftbar zu machen, ist — *de lege ferenda* sowohl wie *de lege lata* — eine der bestrittensten Fragen der Rechtswissenschaft.

Was speziell den Standpunkt des R.St.G.B. zu dieser Frage anlangt, so ist wenigstens so viel sicher, dass es für Verhängung der qualifizierten Strafe den Nachweis einer subjektiven Beziehung des Thäters der Grunddeliktshandlung zu dem qualifizierenden Erfolg nicht verlangt.

Dies dürfte einmal die einfache Wortinterpretation der einschlägigen Deliktsbestände erweisen:

Während sonst der Gesetzgeber bei Verbrechen und Vergehen, wenigstens soweit es sich um rechtsgüterverletzenden Delikte handelt,²⁾ es nie unterlässt, durch entsprechende Adverbia, bzw. an deren Stelle tretende Umschreibungen (vorsätzlich, wissentlich, wissend, dass . . ., wider besseres Wissen, absichtlich, fahrlässigerweise, aus Fahrlässigkeit etc. etc.) oder auch, soweit es sich speziell um Vorsatz handelt, durch Wahl eines die nichtvorsätzliche Begehung direkt ausschliessenden Verbums (unternehmen, verabreden, vorschützen, vorspiegeln etc.) das subjektive Moment als Thatbestandsmerkmal ausdrücklich zu betonen, gebraucht er hier constant die lediglich ein objektives Causalitätsverhältnis zwischen Handlung und Erfolg andeutenden Wendungen: „ist durch die Handlung verursacht worden“ — „hat die Handlung zur Folge“ (§ 224) — „ist infolge dieser

²⁾ Nicht immer, soweit es sich um Rechtsgütergefährdungsdelikte handelt, vgl. z. B. § 330 R.St.G.B.

Verletzung ein Mensch (Vieh) von der Krankheit (Seuche) ergriffen worden“ (§§ 327, 328) — „ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselben . . . verursacht haben“ (§ 227^{II}).

Zum anderen aber dürfte es sich aus der Erwägung ergeben, dass, nachdem die preussische Praxis teilweise im Widerspruch mit der Theorie bei den qualifizierten Erfolgsdelikten des preussischen Strafgesetzbuches vom Nachweis einer Schuld abgesehen hat (vgl. Löffler, Schuldformen, S. 258 f.), der Gesetzgeber des R.St.G.B. wohl schwerlich bei Redaktion seiner qualifizierten Erfolgsdelikte die ihren Vorbildern im preussischen St.G.B. gegebene „objektive“ Fassung mit herübergenommen hätte, wenn er mit dieser Fassung einem anderen als den von der preussischen Praxis damit verbundenen Sinn hätte verbinden wollen.

Zwingen nun auch die vorerwähnten Thatsachen unbedingt zu dem Schluss, dass bei den qualifizierten Erfolgsdelikten die Verhängung der qualifizierten Strafe durch den Nachweis einer subjektiven Zurechenbarkeit des qualifizierenden Erfolgs nicht bedingt ist, keineswegs zwingen sie deshalb schon zu dem weiteren Schluss, dass hiermit der Gesetzgeber gewolltermassen die zufällige Herbeiführung des qualifizierenden Erfolges unter Strafe stellt; vielmehr berechtigen sie immer noch zu der Annahme, der Gesetzgeber habe die subjektive Zurechenbarkeit, wenn er auch aus irgend welchen Gründen auf den Nachweis derselben *in concreto* verzichten zu müssen oder zu können geglaubt hat, trotzdem als Voraussetzung der qualifizierten Bestrafung sich gedacht, eine Annahme, die um so befriedigender erscheint, als sie dem Gesetzgeber den schlimmsten Vorwurf erspart, der einem Gesetzgeber gemacht werden kann: den der beabsichtigten Statuierung einer strafrechtlichen Zufallshaftung.

Im Sinne dieser letzteren Annahme eine Lösung des Problems zu finden, soll in den beiden folgenden Paragraphen versucht werden.

§ 11.

Erklärungsversuch der qualifizierten Erfolgsdelikte.

I. Geht man an eine Betrachtung der einzelnen im vorigen § aufgeführten qualifizierten Erfolgsdelikte heran, so ergeben sich folgende gemeinsame charakteristische Merkmale derselben:

1. Herbeiführung der Verletzung eines verhältnismässig wertvollen, an sich schon (d. h. abgesehen von dem Erfolgsdeliktsthatbestand durch den Thatbestand eines allgemeinen Delikts) strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, in der Regel des menschlichen Leibes und Lebens¹⁾, als die Folge einer an sich schon (d. h. ohne Rücksicht auf den spezifischen qualifizierenden Erfolg) strafbaren Handlung (des sog. Grunddelikts).²⁾

2. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit, der den Eintritt des qualifizierenden Erfolges als die Folge des Grunddelikts erwarten lässt.

3. Endlich — man vergleiche die beigeheftete Tabelle — **ausnahmslos** eine höhere Bestrafung sowohl des durch die vorsätzlich, wie durch die fahrlässig begangene Grunddeliktshandlung herbeigeführten qualifizierenden Erfolges als des durch das fahrlässig begangene allgemeine Delikt herbeigeführten gleichen Erfolges, und **regelmässig** sogar eine höhere Bestrafung des durch die vorsätzlich begangene Grunddeliktshandlung herbeigeführten qualifizierenden Erfolges als des durch das vorsätzlich begangene allgemeine Delikt herbeigeführten gleichen Erfolges. (Ausgenommen

¹⁾ Ausgenommen ist nur die Herbeiführung der Strandung eines Schiffes in § 322^{II} und die Herbeiführung der Erkrankung von Vieh an einer ansteckenden Seuche in § 328, welch' beide Delikte sich also gegen die Integrität von Sachen richten.

²⁾ So bestraft z. B. § 178 die Herbeiführung des Todes einer Person, eines Erfolges also, dessen Herbeiführung schon durch den Thatbestand eines allgemeinen Delikts (§§ 212, 222) strafrechtlich verboten ist, als die Folge des Grunddelikts der Notzucht (§ 177).

Zu beachten ist, dass das Grunddelikt zu § 227^{II} nichts anderes ist als die durch mehrere bewirkte Körperverletzung des § 223.

Ueber § 227^I vgl. unten § 15.

sind — abgesehen von dem wegen der exzeptionellen Regelung des Zweikampfes im R.St.G.B. hier nicht verwertbaren § 206 — nur von den durch Tod qualifizierten vorsätzlichen Grunddelikten die §§ 221, 226, 239 und 227^{II} und zwar nur letzterer § in Bezug auf Strafmaximum und -minimum, die übrigen lediglich in Bezug auf das Strafminimum)

Die unter letzterer Ziffer bezeichneten Thatsachen sind es, welche in Zusammenhalt mit der unter Ziffer 2 bezeichneten Thatsache einen jeden, der nicht ohne die zwingendsten Gründe³⁾ dem Gesetzgeber die gewollte Statuierung einer strafrechtlichen Zufallshaftung zutrauen will, zunächst zu der allgemeinen Annahme drängen müssen, der Gesetzgeber habe den qualifizierenden Erfolg prinzipiell nur unter der Voraussetzung einer schuldhaften Herbeiführung desselben seitens des Begehers der Grunddelikthandlung bestraft wissen wollen. ✂

Während man nun diese Schuld auf Seite der Nichtanhänger der „Zufallhaftungstheorie“ entweder in einer Combination von Vorsatz in Bezug aufs Grunddelikt und einer (vermuteten) Fahrlässigkeit in Bezug auf den qualifizierenden Erfolg zu finden vermeinte⁴⁾, und diese Combination auch wohl als *dolus indirectus* oder *culpa dolo determinata*

21
³⁾ Solche Gründe vermögen die Verteidiger einer strafrechtlichen Zufallshaftung bei den qualifizierten Erfolgsdelikten, als deren Hauptvertreter Finger (cf. dessen Abhandlung „der objektive Thatbestand als Strafzumessungsgrund“ in der „Allgemeinen österreichisch. Gerichtszeitung“ Jahrgang 1888) in Betracht kommen dürfte, durchaus nicht anzugeben. Denn angenommen selbst, der Staat trage hier bei der Wichtigkeit der in Frage stehenden Rechtsgüter dem Rachetrieb des Verletzten, bzw. der durch diese Verletzung mitverletzten Gesamtheit derart Rechnung, dass er ohne Rücksicht auf die subjektive Zurechenbarkeit die Strafe lediglich an die objektive Thatsache der Rechtsgüterverletzung anknüpfe, so erklärt diese Annahme nicht im geringsten, warum hier z. B. die zufällige Herbeiführung des Todes einer Person um so viel schwerer bestraft wird, als die vorsätzliche beim allgemeinen Delikt, warum sich so beim allgemeinen Delikt der Rachetrieb eine Einschränkung gefallen lässt, noch dazu einer Person gegenüber, die in subjektiver Hinsicht zweifelsohne mehr „Schuld“ hat an der Rechtsgüterverletzung als der Begeher des qualifizierenden Erfolgsdelikts.

⁴⁾ So Binding (Handbuch I, S. 366) und vor allem Hälschner (Strafrecht II, S. 28: ohne Zweifel wird man es als die in den bei weitem meisten Fällen zutreffende Regel betrachten dürfen, dass,

bezeichnete⁵⁾, oder sich nach dem Vorbilde des canonischen Satzes: „*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*“ eine eigene (mindere) Art von *culpa*, bestehend in dem *versari in re illicita*, construierte⁶⁾, glaube ich, falls es gelingt, aus dem Bau des grunddeliktischen Thatbestandes einen entsprechenden Grad von Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des qualifizierenden Erfolges nachzuweisen, die oben unter der Ziffer 3 bezeichneten That-sachen am natürlichsten durch folgende These erklären zu können:

Der Gesetzgeber hat in Bezug auf den qualifizierenden Erfolg

- a) in den Fällen, in welchen beim fahrlässigen Grunddelikt der qualifizierende Erfolg höher bestraft wird, als der fahrlässig herbeigeführte gleiche Erfolg beim allgemeinen Delikt, **Fahrlässigkeit**,
- b) in den Fällen, in welchen bei vorsätzlichem Grunddelikt der qualifizierende Erfolg höher bestraft wird,

wer eines der betreffenden dolosen Delikte verübte, die Möglichkeit einer Tötung vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte, darum also sie fahrlässig verursachte). Die hier von Hälschner angenommene Fahrlässigkeit weicht übrigens trotz dessen ausdrücklicher gegen-teiliger Erklärung (cf. a. a. O. I S. 328: in einer Beziehung ist aber in solchen Fällen die Fahrlässigkeit allerdings eine eigentümlich gestaltete) in nichts von dem gewöhnlichen Fahrlässigkeitsbegriff ab.

Bemerkt sei in diesem Zusammenhang noch, dass nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen eine Kombination von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei ein und derselben Handlung nicht geeignet ist, der letzteren Einheit zu zerstören, folgerichtig also, wenn der vorsätzlich und der fahrlässig herbeigeführte Erfolg verschiedene Strafgesetze verletzt, der Fall der Ideal-, nicht der der Realconcurrenz vorläge.

⁵⁾ Loening, Grundriss, § 38 mit § 32, 3a.

⁶⁾ So Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Sept. 1881 in Samml. Bd. V, S. 29 ff. (*verbis*: „... wobei in Betracht kommt, dass von letzterem — d. i. Zufall — da auch die schwereren, nicht vorausgesehenen Erfolge auf eine schuld bare Thätigkeit zurückzuführen sind, und durch Unterlassung derselben vermieden werden konnten, überhaupt nicht wohl die Rede sein kann), ferner Wahlberg, Bemerkungen über Handlung und Zufall im Sinn des Reichsstrafrechts in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. II, S. 207, endlich v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, S. 73 („auch hier gründet sich die Verantwortlichkeit auf die schuldhaft geschaffene Möglichkeit“). ✓

als der vorsätzlich herbeigeführte gleiche Erfolg beim allgemeinen Delikt, **Vorsatz** als gegeben angenommen, ebenso endlich auch

- c) in den wenigen Fällen, in welchen bei vorsätzlichem Grunddelikt der qualifizierende Erfolg zwar höher bestraft wird als der fahrlässig herbeigeführte, aber niedriger als der vorsätzlich herbeigeführte gleiche Erfolg beim allgemeinen Delikt⁷⁾;

mit anderen Worten: der Gesetzgeber ist bei der qualifizierten Bestrafung des qualifizierenden Erfolges von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Thäter des Grunddelikts diesen Erfolg entweder (so in den Fällen unter b und c) vorausgesehen hat, oder (so im Fall unter a) bei Anwendung der nötigen Sorgfalt hätte voraussehen können.

II. Wie bereits hervorgehoben, ist die hier versuchte Erklärung bedingt durch den Nachweis, dass die Konstruktion des grunddeliktischen Thatbestandes die nötigen Anhaltspunkte für die Annahme einer Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitspräsumtion gibt, insbesondere einen entsprechenden Grad von Wahrscheinlichkeit garantiert. Betrachtet man zu diesem Zweck den Thatbestand der einschlägigen vorsätzlichen⁸⁾ Grunddelikte, so findet man denselben derartig konstruiert, dass derjenige, welcher sich über den Charakter des Grunddeliktsthatbestandes im allgemeinen klar ist, — und welcher normale Mensch wäre sich dies nicht? — ohne gewichtige, zur Annahme eines Ausschlusses dieser

⁷⁾ Und zwar entscheide ich mich aus dem Grund für die Annahme eines Vorsatzes und nicht für die einer Fahrlässigkeit, weil die sämtlichen hier einschlägigen Delikte primär Zuchthaus androhen, eine Strafart, die sonst das R.St.G.B. bei fahrlässig begangenen Delikten nicht in Anwendung bringt. Der Umstand, dass hier trotz des präsumierten Vorsatzes der Strafrahmen des Erfolgsdelikts unter den des vorsätzlich begangenen allgemeinen Delikts hinabsinkt, lässt sich befriedigend durch die weitere Annahme erklären, der Gesetzgeber habe eben mit Rücksicht auf den bloss präsumierten Vorsatz eine mildere Strafe als eine Art Verdachtsstrafe gewählt. (Vgl. hierüber des Näheren unten sub IV).

⁸⁾ Im Interesse einer vereinfachten Darstellung werden für die folgenden Ausführungen nur sie, nicht auch die fahrlässigen Grunddelikte einer Betrachtung unterzogen. Eine analoge Anwendung der hier gefundenen Resultate auf letztere wird sich unschwer bewerkstelligen lassen.

allgemeinen Gefährlichkeit *in concreto* führende That-
sachen wenigstens eventuell immer mit dem Eintritt der
qualifizierenden Folge wird rechnen müssen.

Am klarsten zeigt sich dies bei den sog. gemein-
gefährlichen qual. Erfolgsdelikten: bei dem Teil derselben,
welcher das Herbeiführen einer Gemeingefahr für Menschen-
leben ausdrücklich in den Thatbestand aufgenommen hat⁹⁾,
muss sich der Thäter gemäss § 59 R.St.G.B., um bestraft
werden zu können, festgestelltermassen bewusst geworden
sein, dass er mit seiner Handlung Menschenleben, bzw. einen
Eisenbahntransport und so hinwiederum (vgl. Anm. 9)
Menschenleben, gefährden werde¹⁰⁾; bei dem andern Teil
derselben, bei denen das Moment der Gemeingefahr für
Menschenleben zwar nicht ausdrücklich in den Thatbestand
Aufnahme gefunden hat, nichtsdestoweniger aber vom Ge-
setzgeber — dies zeigt schon die Einreihung in den „gemein-
gefährliche Verbrechen und Vergehen“ betitelten 27. Ab-
schnitt des R.St.G.B. — als das eigentlich strafbegründende
Moment gedacht ist und augenscheinlich nur zum Zweck
der Beweiserleichterung, weil eben regelmässig an die inkri-
minierte Handlung als Folge geknüpft, unwiderleglich prä-
sumiert wurde, braucht dem Thäter dieses Bewusstsein
allerdings nicht nachgewiesen zu werden, wird ihm aber
wohl kaum je bei Vornahme der Deliktshandlung abgehen;
denn der letzteren Thatbestand ist durchweg so konstruiert,

⁹⁾ Es gehören hierher die §§ 312, 315 (die in letzterem § ge-
forderte Gefährdung eines Eisenbahntransportes schliesst, da bei
einem solchen Transport — und sei es auch nur ein Gütertransport
— regulärerweise immer Menschen beteiligt sind, die Gefährdung
von Menschenleben in sich), § 323 und (wenigstens in seiner ersten
Alternative) § 321.

¹⁰⁾ So die überwiegende Meinung, insbesondere Löffler, Schuld-
formen, S. 272. Hier — wie es z. B. Olshausen bezüglich der §§ 312,
321, 323 thut — aus der Stellung des „vorsätzlich“ im Satzbau den
Willen des Gesetzgebers herausfinden zu wollen, der Vorsatz solle
sich hier ausnahmsweise nicht auf das Moment der Gemeingefahr
beziehen, geht doch wohl nicht an. Mit gleichem Recht, wie mit
Bezug auf § 312, könnte man auf diese Weise mit Bezug auf § 221
aus der Satzstellung des „vorsätzlich“ in letzterem § („... oder wer
eine solche Person ... in hilfloser Lage vorsätzlich verlässt“) behaup-
ten, der Aussetzende brauche nur gewusst haben, dass er die Person
verlasse, nicht aber, dass er sie in hilfloser Lage verlasse.

dass man sich nicht leicht einen Fall denken kann, wo der Verwirklicher dieses allgemein gefährlichen Thatbestands nicht auch *in concreto* mit der Gefährdung von Menschenleben rechnen musste.¹¹⁾

Was die übrigen hierher gehörigen Delikte anlangt, so dürfte man bei ihnen zu einem ähnlichen Resultate gelangen, insofern, als auch hier der Thäter in Anbetracht des allgemein gefährlichen Charakters der Grunddeliktshandlung *normaliter* ohne zwingende, zu einem gegenteiligen Schluss *in concreto* berechtigende Gründe mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, die hier allerdings geringer ist als bei den gemeingefährlichen Delikten, wenigstens eventuell mit dem Eintritt der qualifizierenden Folge wird rechnen müssen.

Hat so jemand bei Vornahme der Grunddeliktshandlung mit dem — wenn auch nur eventuellen — Eintritt des qualifizierenden Erfolges gerechnet, und ist als Folge seiner Handlung thatsächlich jener Erfolg eingetreten, dann hat er ihn eben vorsätzlich im Sinne des R.St.G.B. (cf. hierüber oben Anm. 1 zu § 8) herbeigeführt.

III. Mag nun auch normalerweise, wie nachgewiesen sein dürfte, dieser Vorsatz bei dem Begeher der Grunddeliktshandlung vorhanden sein, auffällig erscheint es immerhin, dass ihn der Gesetzgeber gerade hier, wo doch im allgemeinen die Beweisschwierigkeiten nicht grösser genannt werden können als bei den anderen Delikten¹²⁾, präsumieren zu müssen geglaubt haben soll, um so auffälliger als die modernen Anschauungen über Beweisrecht der Verwendung einer Präsumtion, und noch dazu einer unwiderlegbaren, als Beweissurrogat durchaus nicht das Wort reden.

¹¹⁾ So genügt es z. B. zum Thatbestand des § 324 nicht schon, dass der Thäter vorsätzlich einen Brunnen vergiftet; der Brunnen muss thatsächlich zum Gebrauche von anderen dienen, und der Thäter gemäss § 59 davon Kenntnis gehabt haben. Wie viele Thäter dürfte es wohl geben, die bei Vergiften eines solchen Brunnens mit gutem Gewissen behaupten können, der Eintritt des Todes einer Person wäre schlechterdings ausgeschlossen.

¹²⁾ Auszunehmen ist nur § 227^{II}, vgl. hierüber des Näheren den Schluss des § unter IV.

Bedenkt man, dass es der Gesetzgeber des R.St.G.B., wie bekannt, vollständig unterlassen hat, dem Richter auch nur die geringsten Anhaltspunkte dafür zu geben, wie weit er den Dolusbegriff auf die unteren Formen der Wissentlichkeit erstreckt sehen wollte, bedenkt man ferner, dass in Fällen, in welchen es sich wie bei den qualifizierenden Erfolgsdelikten um die Verhängung verhältnismässig hoher Strafen handelt, die Praxis, insbesondere die der hier fast ausschliesslich zur Beantwortung der „Schuldfrage“ berufenen Schwurgerichte dem Vorsatzbegriff nach unten nicht die Ausdehnung auf die niederen Grade der Wissentlichkeit geben würde, wie sie der Intention des Gesetzgebers entspräche und wie sie gerade bei den qualifizierten Erfolgsdelikten auch vom strafpolitischen Standpunkt aus besonders angezeigt erscheinen muss¹³⁾, so dürfte man wohl nicht fehlgehen, wenn man den Grund für die Aufstellung der Schulpräsomtion in dem — sei es bewussten, sei es unbewussten — Bestreben des Gesetzgebers sucht, mit Hilfe derselben eine möglichst ausgedehnte Einbeziehung der niederen Grade der Wissentlichkeit in den Vorsatzbegriff herbeizuführen und so thunlichst einer Freisprechung von seiner Ansicht nach „schuldigen“ Thätern vorzubeugen, wie sie leicht die zu befürchtende enge Auslegung des Vorsatzbegriffes in der Praxis zur Folge haben möchte.

Dass ihm auf diese Weise kein „Schuldiger“ entchlüpft, ist ebenso sicher wie die weitere Thatsache, dass dadurch mancher „Unschuldige“ zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen wird, und es muss demgemäs mehr als fragwürdig erscheinen, ob der in der Schulpräsomtion liegende Vorteil grösser ist als ihr Nachteil, und ob es so für den Gesetzgeber nicht angezeigt gewesen sei, unter Verzicht auf die Präsomtion durch scharfe Präzisierung der Dolusgrenze nach unten Abhilfe der aus einer eingeschränkten Anwendung des Dolusbegriffs möglicherweise sich ergebenden Miss-

¹³⁾ Und zwar einerseits mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des durch sie verletzten Rechtsgutes, andererseits mit Rücksicht auf die besonders strafwürdige Natur der Ausführungshandlung (cf. hierüber des Näheren den folgenden §).

stände zu schaffen. Wenn er dies nicht gethan und so ungescheut die vollen Konsequenzen einer in der Ausstellung einer unwiderlegbaren Präsumtion begründeten strafrechtlichen Zufallshaftung auf sich genommen hat, so dürfte sich dies am befriedigendsten historisch erklären lassen: Es ist bekannt, dass das Recht in seiner Urform in Uebereinstimmung mit dem eigentlichen Naturtrieb des Menschen¹⁴⁾ gegen jeden — selbst den zufälligen — Eingriff in die Rechtsphäre des Rechtsgenossen reagiert, dass es aber durch das Fortschreiten der Kultur zu einer Modifikation dieser Reaktion in dem Sinn sich genötigt sieht, nur denjenigen Verbrecher für die Herbeiführung eines rechtlich verpönten Erfolges strafrechtlich verantwortlich zu machen, der denselben als Folge seiner Handlung voraussah, bzw. voraussehen konnte und musste, kurz, der ihn „schuldhafterweise“ herbeigeführt hat.

Immerhin ist auch bei kulturell fortgeschritteneren Völkern der eingewurzelte Rachetricb noch so stark, dass er unter Ignorierung der durch die Kultur geforderten Einschränkungen gegen den „schuldlosen“ Thäter auch dann strafrechtlich reagiert wissen will, wenn nur irgendwo ein Anknüpfungspunkt sich findet, der die Strafe nicht gerade als Zufallsstrafe erscheinen lässt. Als solcher Anknüpfungspunkt gilt ein inkorrektes, wenn auch zur subjektiven Zurechenbarkeit der aus ihm hervorgegangenen Folgen nicht ausreichendes Verhalten des Individuums; denn hätte sich, so argumentiert man, der Thäter korrekt verhalten, dann wären jene Folgen nicht eingetreten, und deshalb soll er auch für jene Folgen büssen.¹⁵⁾

¹⁴⁾ Wie wir ihn an den Kindern unverfälscht zu beobachten Gelegenheit haben. (Das Kind schlägt z. B. nach der Tischkante, an der es sich gestossen hat.)

¹⁵⁾ Man müsste seine Augen gewaltsam gegen die Thatsachen verschliessen, wollte man leugnen, dass man im gewöhnlichen Leben tagtäglich mit dieser Argumentation operiert: ein Knabe wird von den Eltern für den Beinbruch, welchen er sich beim Spielen zugezogen hat, verantwortlich gemacht, nicht etwa, weil er gespielt hat, oder beim Spiel unvorsichtig war, sondern weil er das sonst sogar von den Eltern gewünschte Spiel zu einer Zeit gespielt hat, zu

Dies der Grundgedanke des canonischen Satzes „*versanti in re illicita imputantur omnia, quae ex delicto sequuntur.*“ So absurd auch diese Logik erscheinen mag, Tatsache ist, dass das in dem erwähnten Satze zum Ausdruck gekommene Prinzip lange Zeit hindurch die Strafrechtswissenschaft beherrschte, und ich zweifle keinen Moment, dass der Grundstock der modernen Erfolgsdelikte ihm seine Entstehung verdankt. Hat nun auch, wie wir gesehen haben, der Gesetzgeber grundsätzlich durch Umkonstruktion des gesetzlichen Thatbestandes mit diesem Prinzip gebrochen, eine gewisse Nachwirkung desselben mag es sein, dass er unbedenklich die vollen Konsequenzen der von ihm statuierten Schuldpräsumption auf sich nahm, unter Umständen also auch den „schuldlosen“ Thäter für den Eintritt des qualifizierenden Erfolges bestraft, sich dabei mit dem Gedanken beruhigend: Wenn der Angeklagte auch unter Umständen, was ja an und für sich nicht wahrseheinlich, den qualifizierenden Erfolg nicht vorausgesehen hat, die hierauf gesetzte qualifizierte Strafe trifft ihn doch nicht ungerecht; denn hätte er nicht schuldhafter Weise die Grunddelikthandlung beigegeführt, dann wäre auch der qualifizierende Erfolg nicht eingetreten.

IV. In gewisser Beziehung hat übrigens der Gesetzgeber die vor allem in der Unwiderlegbarkeit der Schuldpräsumption liegenden Unzukömmlichkeiten dadurch gemildert, dass er den durchs Erfolgsdelikt herbeigeführten qualifizierenden Erfolg leichter bestraft, als den durch das entsprechende allgemeine Delikt herbeigeführten gleichen Erfolg (cf. §§ 221, 226, 239 und 227^{II}).

Damit sollte offenbar nichts anderes bezweckt werden, als dem Richter in den Fällen, in welchen die gesetzliche Präsumption *in concreto* durch einen genügenden Grad von Wahrscheinlichkeit nicht unterstützt wurde, die Möglichkeit zu gewähren nach Art der sog. Verdachtsstrafe (vgl. über welcher er seine Schularbeiten hätte fertigen sollen. „Hättest du,“ heisst es da, „als gehorsames Kind deine Schularbeiten gemacht, dann hättest du nicht gespielt und nicht Gelegenheit gehabt, dein Bein zu brechen.“

den Begriff derselben unten § 14) eine mildere Strafe auszusprechen, wie die, welche nach den gewöhnlichen Grundsätzen auszusprechen gewesen wäre.

Besonders deutlich zeigt sich dies bei dem Delikt des § 227^{II}, soweit die qualifizierende Folge dieses Delikts in dem Tod eines Menschen besteht, in seinem Verhältnis zum Delikt des § 226, von welch' letzterem er sich, was die objektive Causalität zwischen Deliktshandlung und Erfolg anlangt, nur durch den, einen wesentlichen Unterschied nicht begründenden, Umstand unterscheidet, dass er neben der zu strafenden vorsätzlichen Grunddeliktshandlung noch — strafbare oder straflose — Verletzungen seitens anderer Personen als Mitursachen des qualifizierenden Erfolges kennt. Will man mit Rücksicht hierauf den Abs. II des § 227 nicht schlankweg für überflüssig erklären, wie dies z. B. v. Liszt, Lehrbuch § 92 III thut, so ist dies meines Erachtens nur insofern zu vermeiden, als man den Unterschied gegenüber dem § 226 (und § 225) in der subjektiven Beziehung des Thäters zu dem eingetretenen Erfolg sucht: während diese subjektive Beziehung bei § 226 der hier vertretenen Ansicht nach darin besteht, dass sich der Thäter den qualifizierenden Erfolg wenigstens als mögliche Folge seiner Verletzungsthätigkeit vorgestellt hat, wird sie bei § 227 darin zu suchen sein, dass der Thäter im Moment der Zufügung seiner Verletzung mit den bereits von anderen Personen bethätigten oder noch zu erwartenden Verletzungen rechnete und als Resultat dieser Berechnung den Tod des Opfers als möglich voraussah, selbst wenn die speziell von ihm zugefügte Verletzung diesen Erfolg nicht gehabt hätte. Ist nach unserer Annahme bei § 226 der Thäterdolus präsumiert, so dürfte bei § 227^{II} der Mitthäterschaftsdolus als präsumiert anzunehmen sein. Der Umstand, dass letztere Präsumtion, die mit einem Inberechnungziehen der verschiedenartigsten Momente seitens des Thäters operiert, angesichts des bei einem Raufhandel auf Seite der Teilnehmer naturgemäss vorhandenen Mangels an Ueberlegung durch einen geringeren Grad von menschlicher Wahrscheinlichkeit gestützt wird, war meines Erachtens hier der Grund für die Androhung der milderen Strafe.

f. 12/15.

f. 12/15.
24/15
f. 12/15
cc. 16.

§ 12.

Fortsetzung.

Die im vorigen § gebrachte, durch die Struktur der einschlägigen Deliktsthatbestände geforderte Annahme einer unwiderlegbaren Präsumtion des *dolus* bzw. der *culpa* in Bezug auf den qualifizierenden Erfolg reicht für sich allein zu einer Erklärung der qualifizierten Erfolgsdelikte nicht aus. Ebenso wenig nämlich, wie sämtliche andere Theorien erklärt sie die bereits gelegentlich der Behandlung der „Zufallhaftungstheorie“ in Anm. 3 des vorigen § constatierte auffällige Thatsache, warum das qualifizierte Erfolgsdelikt — man mag den durch dasselbe unter Strafe gestellten qualifizierenden Erfolg als zufällig¹⁾ oder als schuldhaft in den verschiedenen Nuancen dieses Wortes²⁾ verursacht annehmen — den qualifizierenden Erfolg um so viel schwerer büssen lässt als das unbestritten nur die schuldhafte Herbeiführung des gleichen Erfolges unter Strafe stellende allgemeine Delikt, warum es also z. B. den mittels vorsätzlicher Beibringung von Gift (§ 229^I) — sei es nun zufällig oder schuldhaft — Tötenden primär mit Zuchthaus von 10—15 Jahren, secundär sogar mit lebenslänglichem Zuchthaus (§ 229^{II}), den auf eine andere Weise — unbestritten vorsätzlich — Tötenden dagegen nur mit Zuchthaus von 5—15 Jahren (§ 212) bestraft.

Eine befriedigende Lösung dieser Frage finde ich vom Standpunkt der in vorliegender Arbeit vertretenen Auffassung in folgendem:

Der Gesetzgeber hat mit der qualifizierten Bestrafung des qualifizierenden Erfolges zugleich, was sonst nicht der Fall³⁾, die diesen Erfolg herbeiführende Ausführungshandlung mitbestrafen wollen, offenbar, weil ihm dieselbe als Mittel zur Herbeiführung des qualifizierenden Erfolgs gegen-

¹⁾ cf. die eben citierte Anm. 3 des vorigen §.

²⁾ cf. Anm. 4—6 des vorigen §.

³⁾ Es ist gleichgiltig für eine Bestrafung nach § 212, ob ich jemand mittels Erstechens, Erschiessens, Erdrösselns, Ertränkens, Vernachlässigung der mir obliegenden Pflege etc. etc. töte.

über anderen zur Herbeiführung des gleichen Erfolgs benütz-
baren Mitteln ihrer Natur nach besonders strafwürdig er-
schien, insbesondere⁴⁾ jedenfalls mit Rücksicht auf den
Umstand, dass dieselbe regelmässig ausser der Verletzung,
bzw. Gefährdung eines einzigen Rechtsgutes eines ein-
zelnen Rechtssubjektes, wie dies wenigstens normaler-
weise bei dem allgemeinen Delikt der Fall ist, teils gleich-
artige Rechtsgüter auch noch anderer Rechtssubjekte, teils
andersartige Rechtsgüter desselben bzw. noch anderer
Rechtssubjekte verletzt oder gefährdet (z. B. durch das
vorsätzliche Inbrandsetzen des dem A gehörigen Hauses
wird einmal dessen Eigentum beschädigt, sodann sein Tod,
sowie der Tod der mit ihm zur Zeit der Inbrandsetzung im
Hause befindlichen Personen herbeigeführt, endlich die vom
Brand ergriffenen Nachbarhäuser in Asche gelegt und das
Leben ihrer Bewohner gefährdet⁵⁾).

Während nun sonst in letzterer Beziehung bei Vor-
handensein von gleichartiger oder ungleichartiger Ideal-
concurrentz, wie solche bei den citierten Beispielen anzu-
nehmen wäre, nach dem in § 73 des R.St.G.B. zum Ausdruck
gebrachten Absorptionsprinzip — höchst ungerechterweise!
— die jeweils auszusprechende Strafe nicht höher sein
könnte als das Maximum der auf Herbeiführung des bzw.
(bei gleichartiger Idealconcurrentz) eines der schwersten Erfolge
der Handlung⁶⁾ angedrohten Strafe, gestattet der Gesetz-
geber bei dem qualifizierten Erfolgsdelikt — offenbar eben
mit Rücksicht auf die in dem Absorptionsprinzip liegende

⁴⁾ Als anderer Grund wäre etwa zu nennen die besondere
Hinterlist und Heimtücke der Deliktshandlung, wie sie z. B. der Ver-
giftung (§ 229) eigen ist.

⁵⁾ Dass Aehnliches nicht auch bei dem allgemeinen Delikt
vorkommen kann, soll nicht geleugnet werden (z. B. ein in eine dicht
gedrängte Menschenmenge abgegebener Kanonenschuss verursacht
den Tod bzw. (schwere) Körpervletzung einer grösseren Anzahl
von Menschen und legt ausserdem ein von ihm getroffenes Gebäude
in Trümmer); bestritten wird nur, dass es, wie beim qualifizierten
(namentlich gemeingefährlichen) Erfolgsdelikt, die Regel bildet.

⁶⁾ Als schwerster Erfolg gilt derjenige von mehreren Erfolgen
einer Handlung, welcher das die schwerste Strafe bzw. bei ungleicher
Strafart die schwerste Strafart androhende Strafgesetz verletzt
(§ 73 R.St.G.B.).

Ungerechtigkeit⁷⁾ — insofern eine Abweichung, als er hier ein über dieses Maximum hinausgehendes Maximum geschaffen hat.

Würde sonach der in dieser Weise gegebene Erklärungsversuch der qualifizierten Strafe bei dem qualifizierten Erfolgsdelikt, welcher übrigens, was besonders hervorgehoben, mit der im vorigen § erörterten Annahme einer unwiderlegbaren gesetzlichen Schuldpräsumption zwischen Grunddeliktshandlung und qualifizierenden Erfolg steht und fällt, dem Gesetzgeber auch eine Abweichung von dem sonst von ihm acceptierten Absorptionsprinzip imputieren, so dürfte dieser Umstand allein um so weniger ins Gewicht fallen, als die hierin liegende Korrektur des Absorptionsprinzips vom strafpolitischen Standpunkt aus die qualifizierte Bestrafung durchaus nicht ungerecht erscheinen liesse, während sie sämtlichen anderen Theorien, insbesondere aber der „Zufallhaftungstheorie“ zufolge als ungerecht erscheinen muss.

Kapitel II.

§ 13.

Die Delikte mit vermuteter Causalität zwischen Handlung und Erfolg.

Im R.St.G.B. finden sich eine Reihe von Paragraphen, wo für eine bestimmte Handlung teils die Strafe überhaupt, teils eine höhere Strafe von dem Eintritt eines bestimmten Erfolges abhängig gemacht wird, ohne dass jedoch das Gesetz seinem Wortlaut nach Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg verlangte. Ich zähle hierher die §§ 87, 139, 154¹¹⁾, 210 und 227¹⁾. Während es sich bei den im vorigen Kapitel behandelten Delikten nur um die Frage dreht, ob der qualifizierende Erfolg als Folge des Grunddelikts

⁷⁾ Es ist nicht abzusehen, warum derjenige, der höchst geschickter Weise durch eine Handlung eine Reihe von strafbaren Erfolgen herbeizuführen im Stande ist, dem gegenüber privilegiert sein soll, der, minder geschickt, zur Herbeiführung der gleichen Anzahl je eine selbständige Handlung vornehmen muss.

dem Begeher desselben subjektiv zurechenbar sein müsse, ist hier schon die Frage streitig, ob überhaupt nur ein objektiver Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg als Voraussetzung für die Bestrafung bzw. für die qualifizierte Bestrafung gedacht sei.

Betrachtet man behufs Beantwortung dieser Frage die einzelnen hierher gehörigen Delikte, so kann man sich der Wahrnehmung nicht verschliessen: einmal, dass man *in concreto* normalerweise den (qualifizierenden) Erfolg objektiv als Folge der dem Delikt zu grunde gelegten Handlung wird betrachten können (Wahrscheinlichkeit der objektiven Causalität), sodann, dass infolgedessen der Thäter bei Vornahme dieser Handlung — abgesehen von den Fällen, wo er dem Thatbestande zufolge den Eintritt des qualifizierenden Erfolges direkt beabsichtigt haben muss¹⁾, normalerweise wenigstens eventuell mit dem Eintritt des qualifizierenden Erfolges gerechnet haben wird (Wahrscheinlichkeit der subjektiven Causalität), endlich dass der Nachweis der objektiven Causalität für den Richter mit verhältnismässig grossen Schwierigkeiten verknüpft wäre.²⁾

Angesichts des Umstandes nun, dass, wenn je wegen Schwierigkeiten des Beweises die Aufstellung einer Präsumtion sich rechtfertigt, bei besagten Delikten die Voraussetzungen hiefür gegeben sein dürften, wird man in der Annahme nicht fehl gehen, der Gesetzgeber habe bei diesen Delikten die Causalität zwischen Handlung und qualifizierenden Erfolg unwiderlegbar präsumiert³⁾, woran sich consequentweise die weitere Annahme schliesst, der Gesetzgeber habe bei dem

¹⁾ So in § 87 („ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einlässt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen“), und in § 210 („wer einen Anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, in Sonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt“).

²⁾ Wie unendlich schwierig würde es z. B. angesichts der vielen, unübersehbaren bei Ausbruch eines Krieges mitwirkenden Faktoren sein, den Einfluss der Umtriebe des nach § 87 Angeklagten als wirksame Mitursache des Krieges strikte nachzuweisen?

³⁾ So vor allem Binding (Handbuch I. S. 500 ff.), dem meines Wissens auch das Verdienst gebührt, hierauf zuerst aufmerksam gemacht zu haben.

(vorsätzlichen) Begeher der Deliktshandlung auf den Eintritt des (qualifizierenden) Erfolges gerichteten Vorsatz präsumiert, falls nicht dieser Vorsatz, wie bei den §§ 87, 210 (cf. oben Anm. 1), bereits in dem Thatbestandsmerkmal der auf den (qualifizierenden) Erfolg gerichteten Absicht mit enthalten ist.

Nichts anderes als das bewusste Herbeiführen des (qualifizierenden) Erfolges durch eine vorsätzliche Handlung wäre es also, was nach dem Willen des Gesetzgebers bei den hier behandelten Delikten mit Strafe belegt werden soll. Insoweit die vorsätzliche Handlung bereits einen selbständigen Deliktsthatbestand bildet⁴⁾, liegt ein qualifiziertes Erfolgsdelikt im Sinn des vorigen Kapitels vor.

Man mag über die Angemessenheit der Verwendung von Präsumtionen denken, wie man will, auf jeden Fall ist hier die Annahme einer gesetzlichen Präsumtion der Causalität zwischen Handlung und (qualifizierenden) Erfolg und eines auf diesen Erfolg gerichteten Vorsatzes am befriedigendsten. Denn nähme man im Gegensatz hierzu an, die (qualifizierende) Folge sei nur als ein rein äusserer, mit der Handlung als solcher in keinerlei innerem Zusammenhang stehender, ihre Strafbarkeit überhaupt (so bei dem §§ 139, 210 und 227^{II}) oder ihre höhere Strafbarkeit bedingender Umstand (so vor allem v. Liszt § 43 III, insbesondere Abs. 3), dann hiesse dies dem Gesetzgeber die bewusste Statuierung einer strafrecht-

⁴⁾ So bei § 154^{II}. Bei § 87 ist dies nur scheinbar der Fall: dieser § bestraft zwar primär das Sicheinlassen mit einer ausländischen Regierung zwecks Herbeiführung eines Krieges mit dem deutschen Reich mit Zuchthaus von 5 bis 15 Jahren, und sekundär, wenn der Krieg ausgebrochen ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus, und scheint so den Typus eines qualifizierten Erfolgsdelikts darzustellen (1. Grunddelikt: Sicheinlassen mit einer ausländischen Regierung, 2. qualifizierte Strafe bei Eintritt einer besonders schweren Folge, d. i. eines Krieges); trotzdem ist hier wohl als das eigentliche Delikt das Herbeiführen eines Krieges gedacht, so dass an und für sich bei Erfolglosigkeit der hierauf gerichteten Bemühungen nur ein Versuch dieses eigentlichen Delikts vorliegen würde. Der Umstand, dass bei der Seltenheit der modernen Kriege die Zahl der wegen des vollendeten Delikts ausgesprochenen Strafen ganz erheblich hinter der Zahl der Versuchsstrafen zurückbleiben würde, die Versuchsstrafe also die Regel wäre, mochte den Gesetzgeber veranlassen haben, die Versuchshandlung zum selbständigen Delikt zu erheben und sie dann bei Eintritt der eigentlichen Vollendung qualifiziert zu bestrafen.

lichen Zufallshaftung zutrauen, bzw. falls man allenfalls in diesen Fällen nicht sowohl das Haftbarmachen des Thäters für zufällige Umstände als vielmehr umgekehrt ein Nichthaftbarmachen (bzw. Nichtsoschwerhaftbarmachen) desselben für gewisse Handlungen bei Nichteintritt an dieselben sich regelmässig anknüpfender Folgen annähme⁵⁾, eine in dem Mass durch nichts zu rechtfertigende Privilegierung hinwiederum des Zufalls, die ihrerseits nur dann einen Sinn hätte, wenn der Nichteintritt jener Folgen dem Thäter irgendwie subjektiv zurechenbar wäre⁶⁾. Von einer solchen subjektiven Zurechenbarkeit aber kann nach der Konstruktion der in Frage stehenden Deliktsthatbestände, nach denen der Delinquent den Eintritt jener Folgen, wie wir bereits festgestellt haben, gerade im Gegenteil als wahrscheinlich erwartet bzw. sogar direkt beabsichtigt hat, nicht die Rede sein. Wenn auch z. B. nach dem unzweideutigen Thatbestand des § 139 derjenige, welcher von dem Vorhaben eines Mordes glaubhafte und genaue Kenntniss hatte und nur mit Rücksicht darauf, dass er selbst diesen Mord wünschte, eine die Ausführung des Mordes sicher vereitelnde Anzeige unterliess, im Falle eines ihm in keiner Weise subjektiv zurechenbaren Nichtzustandekommens des Mords straflos bleiben muss; wenn dagegen derjenige, der wissend, dass schon von anderen Personen eine Anzeigeerstattung des geplanten Verbrechens erfolgt sei, seinerseits eine nochmalige Anzeigeerstattung — mit Recht vielleicht — für überflüssig erachtete und so unterliess, bei Zustandekommen des Verbrechens mit Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren bestraft wird, so dürfte es doch vorzuziehen sein, dieses unerquickliche Resultat als die unliebsame Folge einer trotz Ermöglichung eines solchen Resultates immerhin nicht geradezu für unhaltbar zu erklärenden *præsumtio juris et de jure* anzusehen als sich zur Annahme zu bequemen, der

⁵⁾ Aehnlich etwa wie die thätige Reue teils Straflosigkeit (cf. die §§ 46 Ziff. 2, 204, 310, 163^{II} des R.St.G.B.), teils Strafminderung (cf. § 158 I. c.) begründet.

⁶⁾ Wie in den in der vorigen Anm. benannten Fällen der thätigen Reue, in welchen der Delinquent vorsätzlich die schädlichen Folgen des Delikts durch eigene Thätigkeit verhindert haben muss.

Gesetzgeber habe ein solches Resultat als normale Konsequenz des von ihm bei Konstruktion dieser Delikte befolgten Prinzips betrachtet.

Kapitel III.

Die Verdachtsstrafe des Reichsstrafgesetzbuchs.

§ 14.

Allgemeines.

Die sogenannte Verdachtsstrafe des gemeinen Rechtes charakterisiert sich nicht sowohl als eine Strafe auf Grund eines blossen Verdachts (Gegensatz: auf Grund eines vollständig geführten Beweises), als vielmehr auch als eine Strafe, die bedeutend milder ist als die auf Grund eines vollständig geführten Beweises zu verhängende ordentliche Strafe¹⁾.

Die Neuzeit hat mit dieser Strafart prinzipiell gebrochen, und musste es thun; denn nichts ist im Stande, das Ansehen der Justiz so schwer zu schädigen als das in der Verdachtsstrafe ebenso wie in ihrem Gegenstück, der *absolutio ab instantia*²⁾ liegende offizielle Anerkenntnis des Richters, trotz gesetzmässig durchgeführten Prozesses keine glatte Entscheidung darüber verantworten zu können, ob der Angeklagte schuldig sei oder nicht; ein solches Resultat musste, vorausgesetzt natürlich ein Verfahren, welches die Verurteilung eines Unschuldigen nicht allzuleicht ermöglicht, unbedingt vermieden werden, selbst auf die unter letzterer Voraussetzung allerdings nicht sehr wahrscheinliche Gefahr, dass eventuell auch ein Unschuldiger die volle Strafe erleiden müsste. Denn ist es an sich schon bedenklich, in dem Bestreben, ja keinen Schuldigen straflos zu lassen, die Voraussetzungen für eine Verurteilung in einer Weise abzuschwächen, dass dadurch leicht der Unschuldige unter Strafe gestellt werden kann, so wird es doppelt be-

¹⁾ Daher auch die Bezeichnung ausserordentliche Strafe, wie die Verdachtsstrafe häufig genannt wird.

²⁾ Ueber diesen Begriff vgl. unten § 20, Anm. 4.

denklich erscheinen, die in einem solchen Verfahren enthaltene Ungerechtigkeit offiziell durch eine Minderung der Strafe als bestehend anzuerkennen.

Trotzdem lassen sich auch in einem so modernen Gesetze wie dem Reichsstrafgesetzbuch noch eine Reihe von Fällen nachweisen, wo offenbar nur wegen Schwierigkeit des Beweises auf Grund eines blossen Verdachts gestraft wird und wo die angedrohte Strafe bedeutend milder erscheint als sie es sein würde, wenn das Vorhandensein der präsumierten Thatsache ausser Zweifel gestellt wäre.

Ich zähle hierher von den qualifizierten Erfolgsdelikten die der §§ 221, 226, 227^{II}, 239 und von den qualifizierten Erfolgsdelikten mit vermuteter Causalität zwischen Handlung und qualifizierendem Erfolg das Delikt des § 227^I, endlich von den übrigen Delikten des R.St.G.B. das des § 368 Ziff. 10.

Bezüglich der in erster Gruppe vereinigten vier Delikte dürfte ein Hinweis auf das früher Ausgeführte (cf. insbes. § 11, IV) genügen. Bezüglich der beiden letzten Delikte soll in den zwei folgenden §§ das Nähere gesagt werden.

§ 15.

Der § 227 Abs. 1 des R.St.G.B.

Wenn je bei einem Delikt in prozessualer Beziehung Schwierigkeiten sich bieten, so ist dies beim Raufhandel der Fall, insoferne nämlich als es hier bei der grossen Anzahl der beteiligten Personen sehr schwer hält, festzustellen

- 1) in objektiver Beziehung, auf wessen Conto objektiv die qualifizierenden Folgen zu setzen sind,
- 2) in subjektiver Beziehung, ob derjenige, dem festgestelltermassen durch seine Beteiligung eine Mitverursachung an den qualifizierenden Folgen zur Last fällt, auch in dem entsprechenden Vorsatz gehandelt hat.

Während sich Abs. II des § 227 nur mit der Beseitigung der in letzterer Richtung vorhandenen Schwierigkeiten befasst — ich verweise auf das oben unter § 11 IV, Abs. 3

Gesagte — ist Abs. I des § 227 zugleich auch der Beseitigung der in ersterer Richtung vorhandenen Schwierigkeiten gewidmet, insoferne er in den Fällen, in welchen Teilnehmern an einem Raufhandel der Beweis einer Causalität ihrer Beteiligung an den qualifizierenden Folgen nicht nachweisbar ist, auch ein mutmassliches Mitverursachen unter Strafe stellt¹⁾.

Ein solches mutmassliches Mitverursachen aber nimmt er dann an, wenn jemand, nicht ohne sein Verschulden hineingezogen, sich an einem Raufhandel beteiligt hat²⁾.

Dass diese Präsumtion einer mutmasslichen Mitverursachung der qualifizierenden Folgen eines Raufhandels bei nicht unverschuldetem Hineingezogenwordensein in denselben, wenn sie auch einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich hat, noch dazu als *præsumtio juris et de jure* nicht ganz einwandfrei ist, wird nicht zu bestreiten sein. Denn es kann jemand sehr wohl ohne sein Verschulden in einen Raufhandel verwickelt worden sein und kann trotzdem weder durch Notstand oder Notwehr entschuldigte Exzesse begehen, und andererseits schliesst der Umstand, dass jemand nicht ohne sein Verschulden in einen Raufhandel hineingezogen wurde, z. B. durch Stichelreden auf andere einen gemeinschaftlichen Angriff derselben provozierte, keineswegs aus, dass seine Beteiligung am Raufhandel in keinerlei causalem Zusammenhang mit den qualifizierenden Folgen desselben steht (der Angegriffene beschränkte sich z. B. auf Abwehr

¹⁾ Der gerade bei Verletzung von Leib und Leben besonders empfindliche Rachetrieb kann es nicht verwinden, dass eventuell eine schwerwiegende Verletzung dieser Rechtsgüter wegen Mangel an Beweis vollständig ungesühnt bleiben soll; deshalb das Haschen nach einem Anknüpfungspunkt, von dem aus man, selbst wenn ein Beweis nicht möglich, gewisse Schlüsse auf einen mutmasslichen Thäter zu ziehen berechtigt ist.

²⁾ Anders vermag ich mir den Zusatz „falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen wurde“ nicht zu erklären; man müsste denn annehmen, dass die Thatsache des unverschuldet Hineingezogenwerdens in einen Raufhandel für den Hineingezogenen über das Notwehr- und Notstandsrecht hinaus das Recht begründet, sich durch Zufügen von Verletzungen an andere Beteiligte soweit an der Rauferei zu beteiligen, als nicht durch seine Verletzungen bzw. durch ihr Zusammentreffen mit anderen Verletzungen der Tod oder eine schwere Körperverletzung einer Person herbeigeführt wird.

der ihn rechtmässig³⁾ Angreifenden, während ihm zu Hilfe eilende Freunde einem der Angreifer die tötliche Verletzung beibringen; für des letzteren Tod ist der Angegriffene nach strafrechtlichen Grundsätzen ebensowenig causal geworden als es z. B. das Frauenzimmer an dem Tod desjenigen wäre, den ihr Liebhaber in nicht unbegründeter Eifersucht aus der Welt geschafft hat).

Immerhin bleibt zu beachten, dass nach den allgemeinen Grundsätzen über Mitthäterschaft wenigstens der „subjektiven“ Mitthäterschaftstheorie⁴⁾ zufolge nicht bloss derjenige die schwere Körperverletzung bzw. den Tod eines Teilnehmers verursacht, der speziell diesem Teilnehmer eine äussere Verletzung beibrachte, sondern auch derjenige, welcher, ohne dem Opfer eine solche Verletzung beizubringen, durch anderweitige Thätigkeit (durch Verletzung anderer Teilnehmer bzw. sogar durch rein psychische Einwirkung) an dem Raufhandel teilnahm, vorausgesetzt natürlich, dass er die qualifizierenden Folgen als Folge seiner „Beteiligung“ voraussah.

Ist also die Causalität an dem Tod bzw. an der schweren Körperverletzung eines Teilnehmers am Raufhandel an sich schon durch die blosse aktive Beteiligung einer Person auch in den Fällen gegeben, in welchen die Beteiligung nicht in speziell jenem Teilnehmer beigebracht durch Zusammenwirken mit anderen den Tod bzw. die schwere Körperverletzung verursachenden äusseren Verletzungen bestand (wie bei Abs. II des § 227 — cf. Anm. 4), so liegt das Eigentümliche des Abs. I von § 227 gegenüber den §§ 224 u. 226 nicht nur in der ihn von Abs. II des § 227 unterscheidenden Vermutung einer objektiven Causalität des Beteiligten für die qualifizierenden Folgen, als vor allem auch in der ihn mit Abs. II gemeinschaftlich auszeichnenden

³⁾ Die Angreifer haben zur Verhütung weiterer unberechtigter Schmähungen des Angegriffenen, also in Notwehr angegriffen; von einer Notwehrberechtigung des letzteren gegenüber den Angreifern kann also nicht die Rede sein.

⁴⁾ Nicht anwendbar übrigens in ihrer reinen Form auf Abs. II des § 227, da dessen Wortlaut ausdrücklich die Beibringung einer (äusseren) Verletzung als Mitursache an den qualifizierenden Folgen voraussetzt.

Vermutung, dass der einzelne Theilnehmer in dem Bewusstsein der Causalität seiner Theilnahmehandlung gehandelt d. i. den auf die qualifizierenden Folgen gerichteten Mitthäterschaftsvorsatz gehabt habe.

Der Umstand einerseits, dass die Wahrscheinlichkeit des Lebens bei Mitthäterschafts-*dolus* des Abs. I geringer ist als bei dem des Abs. II, und andererseits der Umstand, dass ausserdem noch beim Abs. II eine Vermutung der Causalität hinzutritt, dürfte der Grund für die ziemlich bedeutende Minderung des Strafrahmens des § 227 Abs. I gegenüber dem der §§ 224 bzw. 226 gewesen sein.

Wenn im Gegensatz zu der hier gegebenen Erklärung viele das Charakteristische von Abs. I des § 227 in der Statuierung eines reinen Polizeidelikts finden wollen, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, dass dann — man vgl. den vorigen § — das Abhängigmachen der Betrafung von dem rein zufälligen Umstand, dass ein qualifizierter Erfolg eingetreten ist, nicht den geringsten Sinn hätte, wie denn auch der unbestrittenenmassen als Polizeidelikt aufgefasste verwandte Thatbestand des § 367 Ziff. 10 unabhängig von dem Eintritt einer qualifizierenden Folge eine Bestrafung eintreten lässt.

§ 16.

Der § 368 Ziff. 10 des R.St.G.B.

Wenn dieser § das Betreten fremden Jagdgebiets in Jagdausrüstung ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige Befugnis anders als auf dem öffentlichen zum gemeinen Gebrauch bestimmten Wege bestraft, so kann dies keinesfalls zu dem Zweck geschehen sein, hierdurch einen Eingriff in das Recht des Jagdberechtigten¹⁾ oder einen Eingriff in das Recht des Jagdgrundeigentümers²⁾ zu ver-

¹⁾ Der etwa darin gefunden werden könnte, dass durch das Betreten des Jagdreviers das Jagdwild in seiner Ruhe gestört oder in das benachbarte Revier vertrieben wird.

²⁾ liegend in dem unbefugten Betreten fremden Bodens und Verweilen auf demselben, ähnlich etwa wie in den unter Ziff 9 des § 368 unter Strafe gestellten Fällen.

hindern; denn dann hätte es keinen Sinn, das Verbot nur auf Personen in Jagdausrüstung zu beschränken.

Andrerseits aber kann auch das nicht der Zweck des Verbots gewesen sein, durch dasselbe einem unbefugten Jagen zuvorzukommen, wie es sich leicht bei dem in Jagdausrüstung auf fremdem Jagdgrund Befindlichen insofern entwickeln könnte, als derselbe bei sich bietender Gelegenheit nur zu leicht geneigt wäre, von der mitgeführten Jagdausrüstung Gebrauch zu machen und das ihn in den Schuss kommende Wild zu erlegen.³⁾ Denn eine solche Präventivmassregel wäre durchaus nicht geeignet, nur den geringsten praktischen Erfolg erwarten zu lassen: Wer glaubt, in Jagdausrüstung bei gegebener Gelegenheit der Versuchung zu jagen nicht widerstehen zu können und den festen Willen hat, unter keinen Umständen unberechtigter Weise zu jagen, der wird, dieser Versuchung zu entgehen, auch ohne die Strafdrohung des § 368 Ziff. 10 das Betreten von fremden Jagdgebiet in Jagdausrüstung vermeiden; wer aber bei Betreten fremden Jagdgebiets diesen Willen nicht hat, sondern den Vorsatz, eventuell auch Wild zu occupieren, und so bereit ist, unter Umständen die schweren Strafen des verbotenen Jagens nach §§ 292 ff. des R.St.G.B. zu riskieren, der lässt sich am allerwenigsten durch die Strafdrohung des § 368 Ziffer 10 abschrecken, fremdes Jagdgebiet zu betreten.

Ein befriedigendes Resultat ergibt meines Erachtens nur die Annahme, die Strafdrohung des § 368 Ziff. 10 richte sich gegen denjenigen, welcher unbefugt in der Absicht, Wild zu occupieren, fremdes Jagdgebiet betreten hat, welcher aber, obwohl sein Thun zweifellos ein verbotenes Jagen⁴⁾ begründen würde, nach § 292 R.St.G.B. nicht gefasst

³⁾ Aehnlich etwa, wie der Gesetzgeber, um Verletzungen von Leib und Leben vorzubeugen, gewissen Kategorien von Personen (jugendlichen, unselbständigen etc. etc.) das Führen von gefährlichen Waffen verbietet (cf. bayer. Polizeistrafgesetzbuch Art. 39 mit kgl. Verordnung vom 19. Nov. 1887).

⁴⁾ Jagen = auf Occupieren von Wild gerichtete Thätigkeit; demnach genügt zum Begriff des Jagens schon eine Thätigkeit, die als solche erst eine Vorbereitungs- bzw. Versuchshandlung zur

werden kann, weil ihm bei blossem Betroffenwerden auf fremdem Jagrevier in Jagdausrüstung ohne weitere Indicien (z. B. Anlegen auf ein bestimmtes Wild etc.) die Absicht der Wildoccupation, des Wilderns nicht leicht nachzuweisen ist⁵⁾.

Das Bestreben einerseits, für solche Fälle den vermutlichen Wilderer nicht leer ausgehen zu lassen, andererseits aber das gewiss nicht unberechtigte Gefühl, auf Grund einer blossen Vermutung die verhältnismässig hohen Strafen der §§ 292 ff. nicht verantworten zu können, mögen der Grund gewesen sein, warum man den vermeintlichen Wilderer zwar bestraft, aber bedeutend milder bestraft als er bestraft werden würde, wenn die Vermutung erwiesen wäre.

Dass diese „Verdachtsstrafe“ *in praxi* manchmal auch einen „Unschuldigen“ treffen wird, liegt in der Natur der Sache.

Kapitel IV.

Die Beleidigungsparagraphen.

§ 17.

Der Begriff der Beleidigung im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs und im Sinne des R.St.G.B.

Das R.St.G.B. enthält bekanntlich keine Definition seines Beleidigungsbegriffes; man wird also behufs Feststellung desselben auf den Beleidigungsbegriff im gewöhnlichen Sprachgebrauch zurückgehen müssen.

Occupation von Wild involviert, wie z. B. das Betreten des Jagdreviers in Jagdausrüstung zwecks Occupation von Wild. Es geht deshalb nicht an, mit Binding (Normen I S. 403, Note 22) anzunehmen, der Gesichtspunkt der möglichen Vorbereitungs- resp. Versuchshandlung der Wilderei habe den Gesetzgeber zur Aufstellung der Strafandrohung des § 368 Ziff. 10 getrieben.

Nichtjagend betroffen werden im Sinne des § 368 Ziff. 10, bedeutet soviel als nicht bei Ausübung einer Thätigkeit betroffen werden, die an sich schon als ein Jagen erkennbar ist, bezüglich deren die Feststellung einer Occupationsabsicht überflüssig erscheinen muss.

⁵⁾ Eine grosse menschliche Wahrscheinlichkeit spricht ja unbedingt dafür; denn was sollte jemand, der nicht die Absicht hat, zu wildern, in Jagdausrüstung auf fremdem Jagdgebiete ausserhalb des öffentlichen Weges zu suchen haben? Immerhin sind Ausnahmen sehr wohl denkbar; man denke z. B. an den Fall: der von seinem Jagdrevier durch fremdes Jagdrevier heimkehrende Jäger sieht sich infolge schlechter Beschaffenheit des Weges genötigt, stellenweise von demselben abzuweichen.

Danach kann man, ausgehend von dem wohl allgemein anerkannten Satze, dass es einerseits keine Handlungen gibt, die unter allen Umständen (absolut) Beleidigungshandlungen wären, dass andererseits selbst die sonst regelmässig nur zum Ausdruck von Hochachtung und Ehrerbietung dienenden Handlungen unter Umständen die schwersten Beleidigungen involvieren können, Beleidigung (im Sinne einer vorsätzlichen Handlung) definieren als diejenige gegen eine Person gerichtete Handlungsweise, von welcher der sie Vornehmende, der Beleidiger, — wenn auch nur eventuell — voraussetzt, dass sich die betroffene Person (der Beleidigte) dadurch an ihrer Ehre verletzt fühlt, bzw. — für den Fall, dass sie von der Handlungsweise keine Kenntnis erlangt hat — bei Kenntnis der Handlungsweise sich verletzt fühlen würde.

Ob die Handlungsweise berechtigt war oder nicht, ist hierbei in objektiver wie in subjektiver Beziehung vollständig gleichgültig: Ebenso wie ich jemand durch eine rechtmässige Handlung vorsätzlich töten, oder jemand durch eine rechtmässige Handlung vorsätzlich in seinem Hausfrieden stören kann, ebenso gut kann ich selbstverständlich durch eine rechtmässige Handlung jemand vorsätzlich oder gar absichtlich an seiner Ehre kränken, ihn beleidigen.

Anders bei der Beleidigung im Rechtssinn! Hier natürlich nimmt das Recht zur Vornahme einer Ehrenkränkungshandlung letzterer *ipso jure* den Beleidigungscharakter; fraglich erscheint nur, ob bei Fehlen eines solchen Rechtes irrtümliche Annahme desselben die gleiche Wirkung hat.

Ist es nun richtig, dass die Aufzählung verschiedener Berechtigungsgründe zur Vornahme von Beleidigungen im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, wie sie der § 193 des R.St.G.B. enthält, sachlich nicht anders zu beurteilen ist, als wenn das Moment der Rechtswidrigkeit ausdrücklich in den Beleidigungsthatbestand aufgenommen worden wäre (cf. v. Liszt § 94 IV), dann kann man als Beleidigungen im Sinne des R.-St.G.B. — wenigstens der herrschenden Theorie zufolge (cf. v. Liszt § 40, II) die Beleidigungen

im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches nur unter der Voraussetzung gelten lassen, dass sie nicht nur rechtswidrig, sondern auch mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vorgenommen wurden. Der Glaube an die Berechtigung zur Vornahme der Beleidigungshandlung schliesst demgemäss den Beleidigungsvorsatz ebenso aus, wie etwa bei widerrechtlicher in Aneignungsabsicht erfolgender Wegnahme einer Sache der Glaube, zur Aneignung berechtigt zu sein, den Diebstahlsvorsatz.

§ 18.

Das Behaupten und Verbreiten ehrenrühriger Thatsachen in Bezug auf einen anderen als Beleidigung.

Gibt es in der That, wie im vorigen § angenommen wurde, keine absoluten Beleidigungshandlungen, dann ist das Behaupten und das Verbreiten ehrenrühriger Thatsachen in Bezug auf einen anderen — man mag es, weil das durch dasselbe beförderte Bekanntwerden der ehrenrührigen Thatsachen weitere Personen zur Missachtung des „anderen“ veranlassen kann, als Ehrengefährdung bezeichnen — an sich natürlich keine Beleidigung. Zur Beleidigung vielmehr wird die hierin begründete Ehrgefährdung erst dann, wenn sie vorsätzlich geschieht; dann aber auch, vorausgesetzt, dass kein allgemeiner Schuld ausschliessungsgrund vorliegt, unbedingt; denn Ehrgefährdungsvorsatz ohne Beleidigungsvorsatz ist schlechterdings undenkbar: Es zeugt immer von Missachtung gegenüber einer Person, wenn man weiss, dass deren Ehre durch eine bestimmte Handlung gefährdet wird, und trotzdem die Handlung vornimmt, mag man auch mit der Vornahme der Handlung ganz andere Absichten verbunden haben als die, jene Person an ihrer Ehre zu verletzen.

Eine vorsätzliche Ehrgefährdung, welche nicht zugleich auch vorsätzliche Ehrverletzung (Beleidigung) wäre, lässt sich nicht konstruieren¹⁾.

¹⁾ Der entgegengesetzten Ansicht scheint v. Liszt zu sein, wenn er (Lehrbuch § 95, II bzw. III) ausdrücklich von einer Gefährdung der Ehre durch üble Nachrede bzw. Verläumdung im Gegensatz zur Verletzung der Ehre (*verbis*: „Die üble Nachrede ist mithin nicht Verletzung, sondern Gefährdung der Ehre“) spricht. Wäre das

Gerade im Gegenteil: Die in dem Behaupten und Verbreiten ehrenrühriger Thatsachen in Bezug auf einen anderen liegende Ehrgefährdung ist ihrer Natur nach vom strafpolitischen Standpunkt aus regelmässig eine besonders schwer zu qualifizierende Art der Ehrverletzung (Beleidigung). Dann begründet schon die gewöhnliche Aeusserung von Missachtung die Gefahr von weiterer Missachtung seitens anderer Personen, so vertieft das Mittheilen ehrenrühriger Thatsachen diese Gefahr insofern, als dadurch den andern Personen Thatsachenmaterial zur Verfügung gestellt wird, welches, wenn begründet, in den Augen dieser Personen ein Sinken in der Achtung direkt zur Folge haben wird.

Hierin dürfte m. E. der Grund für die qualifizierte Bestrafung der verleumderischen Beleidigung zu suchen sein.

Dass die in dem Behaupten oder Verbreiten einer ehrenrührigen Thatsache liegende Ehrgefährdung, um als Beleidigung im Sinne des R.St.G.B. zu gelten, nur durch eine bewusst rechtswidrige Handlung vorgenommen werden kann, erscheint nach dem im vorigen § Ausgeführten selbstverständlich.

Hier erübrigt es nur noch auf einen speziellen Berechtigungsgrund besonders hinzuweisen:

Wenn nämlich § 192 R.St.G.B. bei Behaupten und Verbreiten einer Thatsache schlechthin (also inklusive einer ehrenrührigen) unter bestimmten Voraussetzungen keine Beleidigung als gegeben annimmt, so geht daraus zwingend die gesetzliche Anerkennung des Rechtes hervor: in angemessener Form unter entsprechenden Umständen jede (also auch eine ehrenrührige) Thatsache zu behaupten und zu verbreiten.

richtig, dann müsste derjenige z. B., der wider besseres Wissen jemandem eine ehrenrührige Thatsache in Beleidigungsabsicht nachsagt, nach § 185 R.St.G.B., derjenige dagegen, welcher dies ohne Beleidigungsabsicht thut, nach § 187 l. c., also bedeutend schwerer bestraft werden; denn die Strafe des § 187 könnte deshalb ersterem gegenüber nicht in Anwendung gebracht werden, weil die Gefährdungsstrafe im Verhältnis zur Verletzungsstrafe immer nur als subsidiär anwendbar gedacht ist und so erstere nie mit letzterer ideell konkurrieren, geschweige denn letztere ausschliessen kann.

Irrige Annahme der Wahrheit einer solchen Thatsache schliesst mithin nach dem im vorigen § Ausgeführten den Beleidigungsvorsatz aus, und zwar selbst dann, wenn die irrige Annahme durch Fahrlässigkeit verschuldet wurde.

§ 19.

Der § 186 des R.St.G.B.

Wenn dieser § das Behaupten oder Verbreiten einer zur Verächtlichmachung oder Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung geeigneten, nicht erweislich wahren Thatsache in Bezug auf einen anderen bestraft, so ergibt eine Interpretation im Einzelnen folgende objektive und subjektive Thatbestandsmerkmale.

1) objektive:

ein Behaupten oder Verbreiten einer zur Verächtlichmachung oder Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung geeigneten Thatsache in Bezug auf einen anderen unter der Voraussetzung, dass die Thatsache nicht erweislich¹⁾ wahr = unwahr ist (*verbis*: „wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist.“)

2) subjektive:

- a) gemäss § 59 R.St.G.B. (vgl. oben § 8) das Wissen, dass die behauptete oder verbreitete Thatsache geeignet sei, denjenigen, von welchem sie behauptet werde, verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, d. i. kurz ausgedrückt: geeignet sei, dessen Ehre zu gefährden. (Ehrgefährdungsvorsatz im gewöhnlichen Sinn des Wortes);

¹⁾ Mit der Beifügung des Wortes „erweislich“ sollte wohl nichts weiter zum Ausdruck gebracht werden, als dass es bei einer Verurteilung aus § 186 nicht sowohl darauf ankommt, ob die behauptete Thatsache objektiv mit der Wirklichkeit übereinstimmt, als vielmehr darauf, ob sie sich mit den im Prozess zulässigen Beweismitteln feststellen lässt. Obwohl dieses Moment an sich selbstverständlich ist — denn wahr für den Richter ist eben bloss das als wahr Nachweisbare —, so dürfte die Hervorhebung hier speziell mit Rücksicht auf den Umstand geschehen sein, dass gerade bei der Beleidigung durch die Beweisvorschrift des § 190 — vgl. in dieser Richtung unten § 20 — die objektive Wahrheit sehr leicht mit der prozessualen Feststellung in Widerspruch geraten kann.

b) im Gegensatz zu den im eben citierten § 59 enthaltenen Prinzipien Nichtwissen, dass die ehrenrührige Thatsache nicht erweislich wahr = unwahr ist.

Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Gegensatz des § 186 zu § 187.

Denn wollte man mit Rücksicht auf § 59 bei § 186 sich nicht zu besagter Einschränkung verstehen, dann gelangte man zu dem merkwürdigen Resultat, dass § 187, der das wider bessere Wissen geschehende Behaupten und Verbreiten einer ehrenrührigen Thatsache i. e. das Behaupten und Verbreiten einer unwahren ehrenrührigen Thatsache mit (auch eventuellem²⁾) Bewusstsein der Unwahrheit unter Strafe stellt, genau denselben Thatbestand in objektiver Hinsicht zur Grundlage hätte, wie § 186. Eine Lösung des in diesem Resultat enthaltenen Widerspruches ist in der Annahme gegeben, dass § 186 im Gegensatz zu § 187 ein Behaupten und Verbreiten nicht wider besseres Wissen d. i. ein gutgläubiges Behaupten und Verbreiten zur Voraussetzung habe.

Gestützt wird übrigens diese im Einklang mit der *communis opinio* stehende³⁾ Annahme einmal durch die stilistische Fassung des § (statt der normalen Fassung: „wer eine nicht erweislich wahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche . . . geeignet ist, wird besraft“ hat hier der Gesetzgeber die umständliche Fassung gewählt: „wer eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche . . . geeignet ist, wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist, bestraft“ und hat so — wie sich v. Liszt, Lehrbuch § 95 II,

²⁾ Dies ist allerdings bestritten; aber meines Erachtens mit Unrecht; denn bedeutet wider besseres Wissen nichts anderes als wissend, dass . . . , dann ist durchaus nicht abzusehen, warum hier nicht wie unbestritten in den Fällen, in welchen der Gesetzgeber die Wendungen „wissend, dass . . . „wissentlich“ (R.St.G.B. §§ 171, 49^I, 257^I, 363^I, 364) gebraucht, der *dolus eventualis* mit inbegriffen sein soll. Ebenso — ohne Begründung — v. Liszt, Lehrbuch § 95, Note 8 und Meyer, Lehrbuch § 84, 5, S. 529.

³⁾ Bestritten, wie es scheint, nur von Binding (Normen II, S. 611) und von Löning (Grundriss S. 30).

ausdrückt — in möglichst deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht, dass die Nichterweislichkeit der Thatsachen eine ausserhalb der verbrecherischen Handlung liegende Bedingung der Strafbarkeit ist⁴⁾, zum anderen aber durch die unzweideutige Erklärung der Motive zu § 184 des Entwurfes (*verbis*: „Andere Gesetzgebungen nehmen den Thatbestand einer Verleumdung nur dann an, wenn Jemand mit dem Bewusstsein der Unwahrheit eine falsche Thatsache verbreitet. Aus dieser Bestimmung wird gefolgert, dass eine Verurteilung wegen Verleumdung nur dann eintreten dürfe, wenn gegen den Angeklagten der Beweis sowohl von der Unwahrheit der Thatsache . . . , wie auch in Bezug darauf geführt worden ist, dass er bei Verbreitung der Thatsache die Unwahrheit gekannt habe. Allein“ In dem Folgenden ist dann ausgeführt, dass, wenn auch der Beweiss der Unwahrheit der behaupteten Thatsache noch nicht unbedingt den bösen Glauben des Angeklagten beweise, der Schutz des guten Namens des Einzelnen höher stehen müsse, als die Rücksicht auf die *bona fides* des Angeklagten).

Der so charakterisierte Thatbestand des § 186 stellt sich also, weil das Wissen von der Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache auf Seite des Verleumders direkt ausschliessend, nach dem in beiden vorigen §§ Ausgeführten nicht als vorsätzliche Beleidigung im Rechtssinn dar, ebensowenig aber auch, weil nicht die geringsten Andeutungen in dem Sinn enthaltend, dass die Nichtkenntnis der Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache durch Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt veranlasst worden sein müsse, ist er als fahrlässige Beleidigung⁵⁾ aufzufassen.

Die Verleumdung des § 186 umfasst auch die „zufällige“ Beleidigung insoferne, als unverschuldete Nichtkenntnis

⁴⁾ Ausschliessliches Gewicht jedoch auf diesen Umstand zu legen, wie dies v. Liszt a. a. O. thut, hielte ich für zu gewagt.

⁵⁾ So Rupp, Modernes Recht und Verschuldung (Tübingen, Inauguraldissertation 1880) S. 56 f. u. Schmid, Präsumtionen, S. 67, die beide eine Präsumtion der Fahrlässigkeit annehmen.

des wichtigsten Thatbestandsmerkmals als Schuld ausschliessungsgrund nicht berücksichtigt wird.

Erwägt man nun demgegenüber, dass der Gesetzgeber in § 192 ausdrücklich ein Recht, wahre, wenn auch ehrenrührige Thatsachen zu behaupten und zu verbreiten, anerkennt, erwägt man ferner, dass ein absolut sicheres Verfahren, eine der Vergangenheit angehörende Thatsache als wahr oder unwahr festzustellen, nicht existiert, dass man also selbst bei Anwendung der äussersten Sorgfalt nicht in der Lage ist, der Unwahrheit einer Thatsache, die man nicht ohne gewichtige Gründe für wahr hält, auf die Spur zu kommen, erwägt man endlich, dass das, was in einem Beleidigungsprozess als unwahr festgestellt wird, durchaus nicht immer (namentlich infolge der Beweisvorschrift des § 190!) im Einklang mit der objektiven Wirklichkeit steht, so kommt man zu dem Schluss: Für den vorsichtigen Mann ist die Strafdrohung des § 186 dem direkten Verbot gleich zu achten, nie über jemanden ohne spezielle anderweitige Berechtigung (aus § 193 z. B.) eine ehrenrührige Thatsache zu behaupten, nie von dem ihm in § 192 gewährten Recht Gebrauch zu machen; denn selbst die unter Anwendung der grösstmöglichen Sorgfalt erlangte Ueberzeugung von der Wahrheit der verbreiteten Thatsache schützt ihn dann nicht vor Strafe, wenn seine Ueberzeugung nicht mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmt bzw., obschon tatsächlich mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmend, im Verfahren als mit ihr übereinstimmend aus Gründen nicht nachgewiesen werden kann, die ihm nicht im mindesten subjektiv zurechenbar sind (z. B. der Gewährsmann des „Beleidigers“, der einzige Augenzeuge der behaupteten ehrenrührigen Thatsache, ist gestorben!).

Die in § 186 statuierte Zufallshaftung ist also um so bedauerlicher, als dadurch die Ausübung des in § 192 anerkannten Rechtes der freien Meinungsäusserung für den vorsichtigen Mann wenigstens, der nicht das Risiko der Zufallshaftung auf sich nehmen will, schlechterdings illusorisch gemacht wird.

§ 20.

Der § 190 des R.St.G.B.

Bereits in dem vorher Ausgeführten ist darauf hingewiesen worden, dass das blosse Aeussern einer wahren ehrenrührigen Thatsache betreffs einer Person — sei es in Form einer Behauptung lediglich dieser Person gegenüber, sei es in Form eines Behauptens oder „Verbreitens“ in Beziehung auf diese Person d. h. dritten Personen gegenüber — an sich (man vgl. die §§ 192 u. 193 R.St.G.B.) keine Beleidigung im Sinne des R.St.G.B. begründet.

Unumgängliche Voraussetzung der Verurteilung einer Person wegen Behauptens oder Verbreitens einer ehrenrührigen Thatsache auf Grund der hier einschlägigen §§ 185¹⁾, 186, 187 und 189 ist also die processuale Feststellung, dass die behauptete oder verbreitete Thatsache unwahr ist.

Während nun sonst das Gericht dem im Strafverfahren geltenden Prinzip der freien Beweiswürdigung zufolge (cf. § 260 R.St.P.O.) nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung entscheidet, ob es eine der Feststellung bedürftige Thatsache für festgestellt erachtet oder nicht, statuiert hier bei sämtlichen²⁾ der vorgenannten „Beleidigungs“paragraphen § 190 R.St.G.B. insoferne eine Ausnahme, als für den Fall, dass die behauptete oder verbreitete ehrenrührige Thatsache eine strafbare Handlung ist, die Existenz eines rechtskräftigen, den „Beleidigten“ wegen dieser Handlung verurteilenden Erkenntnisses den Wahrheitsbeweis erbringt, die Existenz eines **vor** der „Beleidigung“ ergangenen freisprechenden Erkenntnisses dagegen den Wahrheitsbeweis ausschliesst.

Wenn so der Gesetzgeber der Ueberzeugung des Richters einen Zwang in der Richtung auferlegt, dass derselbe das rechtskräftige strafrichterliche Erkenntnis in gewissem Um-

¹⁾ Dann einschlägig, wenn die ehrenrührige Thatsache nicht in Beziehung auf einen „Anderen;“ sondern lediglich dem „Anderen“ selbst gegenüber behauptet wurde (gemeine Meinung).

²⁾ Bestritten bei § 185 (s. Olshausen, Kommentar zu § 190 Note 4) und bei § 189.

fang (nämlich das verurteilende schlechthin und das freisprechende, wenn vor der „Beleidigung“ ergangen) als mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmend behandeln muss, dann dürfte der Grund für dieses immerhin auffallende Abweichen von erprobten strafprocessualen Principien in folgendem zu suchen sein.

Einmal mochte es wohl der Gesetzgeber — ausgehend offenbar von dem Gedanken, dass das nach Durchführung des förmlichen Strafverfahrens gefällte strafrichterliche Erkenntnis solange als mit der objektiven Wirklichkeit in Einklang stehend behandelt werden müsse, solange es nicht in legaler Weise d. h. durch ein im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 399 ff. R.St.P.O.) ergangnes neuerliches rechtskräftiges strafrichterliches Erkenntnis aufgehoben worden ist, — für zu bedenklich erachtet haben, dem Richter im Beleidigungsprocess eine im Strafverfahren schon einmal rechtskräftig getroffene Feststellung noch einmal treffen zu lassen und so unter Umständen eine mit der früheren divergierende neuerliche Feststellung zu ermöglichen; zum anderen aber hauptsächlich mochte ihn die gewiss nicht unbegründete Befürchtung bestimmt haben, es könnte ohne die Vorschrift des § 190 der Beleidigungsprozess leicht zu der Wiederaufnahme eines rechtskräftig geschlossenen Strafverfahrens entgegen den mit weisem Vorbedacht gewählten Einschränkungen des Strafprozessrechtes dadurch benützt werden, dass man der Person, zu deren Gunsten oder Ungunsten man eine Wiederaufnahme herbeiführen will, die in dem zu revidierenden Erkenntnis als wahr oder unwahr festgestellte strafbare Handlung nachsagt, sich dann von jener Person wegen „Beleidigung“ verklagen lässt und mit Hilfe von im Beweisaufnahmeverfahren produzierter entsprechender Beweismittel in dem im Beleidigungsprozess ergehenden Urteil eine mit dem zu revidierenden Erkenntnis in Widerspruch stehende Feststellung bewirkt³⁾.

³⁾ Und zwar müsste dies um so bedenklicher erscheinen, als hier einmal zum Nachweise von im Wiederaufnahmeverfahren überhaupt nicht rechtlich relevanten Thatsachen Beweis erhoben werden müsste (also z. B. trotzdem der „Andere“ von der ihm nachgesagten

So wünschenswert nun auch vom Standpunkt des formellen Rechtes im Interesse der Autorität der *res judicata* eine Beschränkung der freien Beweiswürdigung des Beleidigungsrichters bezüglich der durch rechtskräftiges Urteil für festgestellt oder nicht festgestellt erklärten strafbaren Handlung des „Beleidigten“ erscheint, die Rücksicht auf das materielle Recht, das eben prinzipiell nur den wirklich „Schuldigen,“ also den Behäupter einer in einer strafbaren Handlung bestehenden ehrenrührigen Thatsache in Bezug auf einen anderen nur bei festgestellter Unwahrheit dieser Thatsache zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen gestattet, wird bei dieser Kollision der Interessen gewisse Beschränkungen der durch das formelle Recht gestellten Forderungen erheischen, namentlich in der Richtung, dass von einem Ausschluss der freien Beweiswürdigung des Beleidigungsrichters durch ein in einem anderen Verfahren ergangenes Strafurteil nur dann die Rede sein kann, wenn letzteres seiner Natur nach geeignet ist, mit einem gewissen Grad menschlicher Wahrscheinlichkeit eine Uebereinstimmung seines als beweiskräftig erklärten Inhaltes mit der objektiven Wirklichkeit zu garantieren.

Dass man dies von dem verurteilenden strafrichterlichen Erkenntnis behaupten kann, wird nicht in Abrede zu stellen sein: Die Thatsache, dass jemand wegen einer Straftat strafrichterlich verurteilt worden ist, gibt eine, wenn auch nicht absolut sichere^{3a)}, so doch durch einen hohen Grad menschlicher Wahrscheinlichkeit gestützte Garantie dafür, dass der Verurteilte die Straftat wirklich begangen hat.

strafbaren Handlung rechtskräftig freigesprochen worden wäre, über in dem früheren Prozess nicht berücksichtigte, zu einer Verurteilung geeignete Thatsachen, was in einem Wiederaufnahmeverfahren zu Ungunsten des freigesprochenen „Anderen“ nach § 402 R.St.P.O nicht angängig erschiene); um so bedenklicher erscheinen, als hier ferner zum anderen, da das im Beleidigungsprozess ergehende Urteil normalerweise (cf. die §§ 27 Ziff. 3 R.G.V.G. und die §§ 414, 416 R.St.P.O.) vom Schöffengericht erlassen wird, ein Gericht unterster Instanz in die Lage gesetzt wäre, Urteile der höchsten Instanz, wenn auch nicht formell, aber doch materiell zu revidieren.

^{3a)} Vom Gesetzgeber selbst offiziell dadurch anerkannt, dass er — und noch dazu in verhältnismässig weitem Umfang — eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach rechtskräftig gewordener Verurteilung gestattet.

Anders dagegen beim freisprechenden Erkenntnis! Wenn nach den Grundsätzen der R.St.P.O. Freisprechung nicht nur dann zu erfolgen hat, wenn die Unschuld des Angeklagten positiv feststeht, sondern auch dann, wenn zwar mehr Gründe für die Schuld als wie für die Unschuld des Angeklagten sprechen, trotzdem aber das Gericht nicht die volle Ueberzeugung von ersterer gewinnen konnte, so vermag die rechtskräftige Freisprechung ihrer jetzigen Natur⁴⁾ nach keine ausreichend wahrscheinliche Garantie dafür zu bieten, dass der Freigesprochene die im zur Last gelegte strafbare Handlung nicht begangen hat⁵⁾.

Die Rücksicht auf letzteres Faktum dürfte denn auch die Veranlassung gewesen sein, dass der Reichstag in Abweichung von § 185 des Entwurfs die durch das formelle Recht geforderte Beschränkung der freien Beweiswürdigung des Beleidigungsrichters insoferne nicht vollständig durchführte, als er den Beweis einer strafbaren Handlung des Beleidigten bei nach der „Beleidigung“ rechtskräftig gewordener Freisprechung des „Beleidigten“ von dieser Handlung nicht durch das freisprechende Urteil für ausgeschlossen erklärte.

Wenn er es nicht auch, wie dies doch konsequent gewesen wäre, bezüglich des vor der „Beleidigung“ rechtskräftig gewordenen freisprechenden Urteils gethan hat, dessen Beweiskraft natürlich an sich nicht stärker als die des nach der „Beleidigung“ rechtskräftig gewordenen freisprechenden Urteils, dann muss er damit einen besonderen, dem vor der Beleidigung erfolgten Freispruch eigentümlichen Zweck verfolgt haben, einen Zweck, dessen Erreichung die Folgen der durch die besagte Beweisbeschränkung ermöglichten

⁴⁾ Anders die Freisprechung des gemeinen Strafprozessrechtes. Dieses unterschied zwei Arten von Freisprechung: die *absolutio a tota causa* (bei nachgewiesener Unschuld des Angeklagten) und die *absolutio ab instantia* (bei nicht nachgewiesener Unschuld des Angeklagten). Die moderne Freisprechung vereinigt mit Recht beide Arten. (vgl. oben § 14).

⁵⁾ Namentlich die freisprechenden Urteile der Schwurgerichte können mit Bezug auf die Beweiskraft von der Unschuld des Angeklagten nicht niedrig genug eingeschätzt werden!

strafrechtlichen Zufallshaftung des Beleidigers mildern oder gar eliminieren soll.

Dieser Zweck kann kein anderer gewesen sein als der: dem der Freisprechung als solcher anhaftenden Mangel (bestehend darin, dass dieselbe nicht direkt die Unschuld des Freigesprochenen zu beweisen im Stande ist) dadurch die Spitze zu nehmen, dass man das Behaupten einer strafbaren Handlung in Bezug auf einen anderen nach erfolgter Freisprechung des anderen von der behaupteten strafbaren Handlung — nichts anderes als das ist die Wirkung der im zweiten Satze des § 190 aufgestellten Beweisvorschrift — mit Strafe belegte.

Dass ein solcher Gedanke strafpolitisch sehr viel für hat, ist nicht zu leugnen:

Die Rücksicht auf die freie Meinungsäusserung gebietet es durchaus nicht, eine Person ständig unter einem Vorwurf leiden zu lassen, dessen Begründetheit nachzuweisen dem Strafrichter nicht gelungen ist. Demjenigen, welcher das ergangene strafrichterliche Erkenntnis für unrichtig hält, bleibt es ja unbenommen, in dieser Richtung Beweismaterial zu sammeln und auf grund desselben einen staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Freigesprochenen zu provozieren. Ist hierzu das gesammelte Beweismaterial nicht genügend, dann mag er schweigen und sich beim Freispruch des Gerichtes beruhigen.

Kann er das nicht und wirft dem Freigesprochenen trotz der Freisprechung die strafbare Handlung vor, dann trifft ihn eine Beleidigungsstrafe, wie sie in den §§ 185 und 186⁶⁾ angedroht ist, durchaus nicht zu hart⁷⁾.

⁶⁾ Die §§ 187 und 189, die beide ein wider besseres Wissen Behaupten voraussetzen, kommen hier insofern nicht in Betracht, als ein Behaupten in Kenntnis eines freisprechenden Urteils an sich noch kein Behaupten wider besseres Wissen enthält, vielmehr letzterem gegenüber als das *minus* zu betrachten ist. (cf. Olshausen Kommentar zu § 190, Note 4, letzter Satz u. zu § 187 Note 2).

⁷⁾ Die Androhung einer solchen Strafe wäre die notwendige Konsequenz der Abschaffung der *absolutio ab instantia*; denn der Zweck, den man mit dieser Abschaffung verfolgte, würde vereitelt, wenn man den Freigesprochenen nicht gegen den weiteren Vorwurf der Thatsache schützte, von der man ihn freigesprochen.

Eines allerdings darf hierbei nicht übersehen werden: Unbedingte Voraussetzung der Strafe des Beleidigers wäre der Nachweis, dass er von der Freisprechung des Beleidigten Kenntnis hatte, und die Thatsache der Freisprechung als solche beweist natürlich diese Kenntnis nicht.

Wenn der Gesetzgeber in § 190 diese Kenntnis nicht als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der dort enthaltenen zweiten Beweisregel statuiert hat, dann kann ich mir dies nur auf die Art erklären: Der Gesetzgeber hat diese Kenntnis, weil regelmässig vorhanden, unwiderlegbar präsumiert.

Kapitel V.

§ 21.

Die *delicta armata* des R.St.G.B.

(§§ 123 Abs. III, 243 Abs. I Z. 5, 250 Abs. I Z. 1).

Die citierten Gesetzesstellen belegen den Hausfriedensbruch, Diebstahl und Raub dann mit einer qualifizierten Strafe, wenn der Delinquent bei Ausübung des Delikts mit Waffen versehen war (so § 123) bzw. — was mit letzterem vollständig identisch ist — Waffen bei sich führte (so die §§ 243 und 250).

Der legislatorische Grund, warum hier das Mitsichführen von Waffen eine qualifizierte Bestrafung nach sich zieht, dürfte darin zu suchen sein, dass dieser Umstand dem Thäter eine bedeutend günstigere Position bei Ausführung seiner That zu verschaffen geeignet ist, insofern nämlich als einmal dritte Personen, welche an sich die Ausführung des Delikts zu hindern bzw. eine Ergreifung des Delinquenten auf frischer That herbeizuführen in der Lage wären, sich durch die Bewaffnung des Delinquenten leicht werden einschüchtern lassen, zum anderen der Delinquent selbst durch den Besitz einer Waffe in den Stand gesetzt ist, in jedem Moment sich ihrer als eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels gegenüber solchen Personen zu bedienen.

Um nun den Delinquenten für diesen Umstand qualifiziert strafrechtlich verantwortlich machen zu können, wäre natürlich erforderlich, dass ihm derselbe subjektiv in vollem Umfang zugerechnet werden kann: Der Delinquent müsste also bei Ausführung des Delikts — es kommen hier nur vorsätzliche Delikte in Betracht — festgestelltermassen gewusst haben, dass die von ihm geführte Waffe seine Position verbessere, sei es, weil ihm selbst die Waffe eine Möglichkeit des eventuellen Gebrauchmachens von derselben gewähre, sei es weil durch sie dritte ihm bei bzw. nach Ausführung des Delikts gefährliche Personen von einem Widerstand bzw. Angriff sich abhalten lassen möchten, kurz: der Delinquent muss das Führen der Waffe bei der That in Beziehung zu letzterer gebracht haben.

In dem einfachen Wissen aber, mit Waffen versehen zu sein, ist diese subjektive Beziehung durchaus nicht immer gegeben. Sie fehlt z. B. demjenigen, der zwar bewusstermassen mit einer Waffe versehen war, aber das Zusammentreffen mit einer Person gelegentlich der Ausführung des vorgesetzten Deliktes überhaupt nicht in den Kreis seiner Berechnung zog¹⁾, oder der, wenn auch mit einem solchen Zusammentreffen rechnend, die Waffe in einer für dritte Personen nicht erkennbaren Weise mit sich führte und sich dabei bewusst war, dass er unter keinen Umständen von derselben Gebrauch machen würde.

Trotzdem in den beiden letzt erwähnten Fällen den Thäter für das Mitsichführen der Waffe strafrechtlich verantwortlich machen zu wollen, liesse sich strafpolitisch nicht rechtfertigen, namentlich nicht für den Fall, dass man dasselbe mit so exorbitanten Strafen belegen wollte, wie die §§ 243 Abs. I Z. 5 und 250 Abs. I Z. 1 sie androhen.

Dass auch der Schöpfer des R.St.G.B. prinzipiell von der hier vertretenen subjektiven Auffassung ausgegangen sein muss, ergibt — speziell für den „bewaffneten“ Diebstahl und den „bewaffneten“ Raub — eine Betrachtung der übrigen, hinsichtlich der Bestrafung mit dem letzteren

¹⁾ Fällt beim Raub, dessen Thatbestand immer das Zusammentreffen mit einer dritten Person voraussetzt, naturgemäss weg.

Qualifikationsmoment auf eine Stufe gestellten Qualifikationsmomente dieser Delikte: Abgesehen von den Fällen, bei welchen der Grund für die qualifizierte Bestrafung in der besonderen Schutzbedürftigkeit des Diebstahls- und Raubobjektes zu suchen ist, kommen sie samt und sonders darin überein, dass sie eine in der Art der Verübung des Delikts zum Ausdruck kommende, durch einen hohen Grad von Heimtücke, Verwegenheit, Hartnäckigkeit und Raffiniertheit ausgezeichnete Gesinnung des Thäters zur Voraussetzung haben.

So bestraft z. B. der Gesetzgeber den, welcher zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude stiehlt, trotz der objektiven Gefährlichkeit eines solchen Diebstahls (Dunkelheit und Nachtruhe der Gebäudebewohner sichern ein Unbemerktbleiben des Diebes²⁾) nicht unter allen Umständen; sondern erst dann, wenn sich der Dieb entweder (1. Alternative des § 243 Ziff. 7) zur Nachtzeit³⁾ in diebischer Absicht eingeschlichen oder (2. Alternative) sich, auf andere Weise (eventuell also auf rechtmässige Art und zur Tageszeit) in das Gebäude gelangt, dort in diebischer Absicht bis zur Ausführung des Diebstahls (jedenfalls also bis zur Nachtzeit) verborgen gehalten hat. Erwägt man nun, dass der Dieb, welcher sich zur Nachtzeit zwecks Stehlens in ein bewohntes Gebäude eingeschlichen hat, doch wohl nur

²⁾ Dass der Gesetzgeber in der That mit Z. 7 des § 243 die beiden der Nacht charakteristischen Momente als eigentlichen Qualifikationsgrund des Nachtdiebstahls im Auge hatte, entnehme man daraus, dass a) sowohl der zur Tageszeit mittels Einschleichens in ein bewohntes Gebäude begangene Diebstahl, als auch b) der zur Nachtzeit mittels Einschleichens in ein unbewohntes Gebäude begangene Diebstahl nicht qualifiziert bestraft wird. Das Qualifikationsmoment des Nachtdiebstahls liegt also a) in der Dunkelheit (dies beweist die erstere Thatsache) und b) in dem Ruhen der Gebäudebewohner (dies beweist die letztere Thatsache).

³⁾ Der Fall, dass sich jemand in diebischer Absicht in ein bewohntes Gebäude zur Tageszeit einschleicht und mit dem Diebstahl bis zur Nachtzeit wartet, ohne sich in der Zwischenzeit verborgen gehalten zu haben, lässt sich wohl kaum praktisch konstruieren, denn wenn der Thäter keinen Grund hatte, seine Anwesenheit im Gebäude zu verheimlichen, dann hatte er entweder keinen Grund sich einzuschleichen, oder keinen Grund, den Diebstahl bis zur Nachtzeit aufzuschieben.

deshalb diese Zeit gewählt hat, weil ihm dieselbe ein Unbemerktbleiben seitens der Gebäudebewohner am ehesten zu garantieren vermag⁴⁾, und dass der Dieb, welcher auf andere Weise in das Gebäude gelangt ist und sich dort behufs Ausführung eines Diebstahls verborgen gehalten hat, dies doch wohl bloss deshalb that, weil er die Dunkelheit und bzw. das Sichzurruhelegen der Gebäudebewohner abwarten wollte, dann ist man wohl zu der Annahme berechtigt: Wenn der Gesetzgeber in § 243 Ziff. 7 den Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, qualifiziert bestraft, so that er dies nicht bloss mit Rücksicht auf die objektive Gefährlichkeit der Handlungsweise, sondern vor allem mit Rücksicht darauf, dass der Thäter die ihm bei Ausführung des Delikts spezifisch günstigen Momente der Nacht bewusstermassen in besondere Beziehung zu seiner That brachte, sich ihrer als wesentlicher Hilfsmittel bediente, und so eine besondere Raffiniertheit und Hartnäckigkeit an den Tag legte.

Wenn nun auch, um auf den „bewaffneten“ Diebstahl zurückzukommen, in subjektiver Beziehung dem Thäter gemäss § 59 R.St.G.B. nur das Wissen nachgewiesen zu werden braucht, dass er bei Ausführung des Diebstahls mit Waffen versehen ist, nicht aber zum mindesten das Bewusstsein, dass er durch diesen Umstand seine Operationsbasis verbessert, dann lässt sich dies befriedigend nur durch die Annahme erklären, der Gesetzgeber habe, um Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, dieses letztere Bewusstsein unwiderlegbar präsumiert.

Diese Annahme ist aber auch das Minimum, was man angesichts der geschichtlichen Entwicklung der in Frage stehenden Delikte hinsichtlich der subjektiven Thatseite zu postulieren verpflichtet ist; denn das gemeine deutsche

⁴⁾ Für diese Annahme spricht die Thatsache, dass sich der Dieb in das Gebäude eingeschlichen haben muss. Denn wäre es ihm nicht vor allem darum zu thun gewesen, unbemerkt zu bleiben, dann er sich wohl dieses Mittels, ins Gebäude zu gelangen, nicht bedient.

Strafrecht hat hier von jeher, weit über das nach der Auffassung dieser Arbeit Postulierte hinausgehend, zur qualifizierten Bestrafung des bewaffneten Deliktes⁵⁾ eine Absicht des Thäters, eventuell von der Waffe Gebrauch zu machen, vorausgesetzt. (cf. z. B. Carolina Art. 159: „Item so aber eyn dieb in vorgemeltem stelen jemandts . . . in sein behausung oder behaltung bricht oder steigt oder mit waffen, damit er jemandt der im widerstandt thun wolt, verletzen möcht, zum stelen eingeht . . .“; oder Preuss. Landrecht, das übrigens das Versehen sein mit Waffen als Qualifikationsgrund nur beim „gewaltsamen“ Diebstahl kennt, § 1175: „Ist ein Dieb, bei einem gewaltsamen Diebstahle, mit Gewehr oder andern gefährlichen Werkzeugen versehen gewesen, ohne jedoch davon gegen Jemanden Gebrauch gemacht zu haben: so soll die Strafe . . . um . . . verlängert werden“ und § 1176: „Die Beschaffenheit der Waffen, und die nach den Umständen vorwaltende mehrere oder mindere Gewissheit, dass der Dieb, bey vorgefundenem Widerstande, davon Gebrauch gemacht haben würde, bestimmen diese Verlängerung der Strafzeit“); oder endlich Bayer. Strafgesetzbuch von 1813 Art. 221: „Wegen besonderer Geflissenheit oder Gefährlichkeit sind Diebstähle ausgezeichnet: und endlich b) wenn sich der Dieb, um sich allenfalls zur Wehre zu setzen, mit Waffen versehen hatte.“)

Kapitel VI.

Der § 361 Ziff. 8 des R.St.G.B.

§ 22.

Das in § 361 Ziff. 8 des R.St.G.B. unter Strafe gestellte Delikt besteht darin, dass eine Person, welcher nach Verlust ihres bisherigen Unterkommens von der zuständigen Behörde die Anweisung geworden ist, sich binnen einer bestimmten

⁵⁾ Als solches kennt meines Wissens das gemeine Recht den von ihm überhaupt ziemlich in den Hintergrund gedrängten Hausfriedensbruch nicht.

Frist ein anderweitiges Unterkommen zu verschaffen, sich während der gesetzten Frist nicht um die Verschaffung eines solchen Unterkommens bemüht hat.

Um nun jemand wegen Begehung dieses Delikts verurteilen zu können, wäre nach gewöhnlichen strafprozesualen Grundsätzen der Nachweis der negativen Thatsache erforderlich, dass sich der Angeklagte während der ihm gesetzten Frist nicht um die Verschaffung eines Unterkommens bemüht habe, ein Nachweis, welcher bei Fehlen eines glaubhaften Geständnisses des Angeklagten nur durch den Nachweis von solchen positiven Thatsachen geführt werden könnte, die in ihrem Zusammenhang die in Frage stehende Thatsache als unmöglich erscheinen lassen, im Falle des § 361 Z. 8 also nur durch den Nachweis, dass der Angeklagte während der ihm gesetzten Frist eine Thätigkeit ausgeübt hat, die ihm für ein Bemühen um Unterkommen keine Zeit und Gelegenheit gab.

Einen solchen Nachweis, der eigentlich nur bei ständiger Ueberwachung des Angeklagten während der ihm gesetzten Frist geführt werden könnte, zu ersparen, ermöglicht § 361 Z. 8 — und das ist die eine Eigentümlichkeit dieses § — insoferne, als er eine Verurteilung des Angeklagten schon gestattet, wenn demselben nicht positiv nachgewiesen werden kann, dass er sich während der ihm gesetzten Frist um ein Unterkommen bemüht hat¹⁾, und umgekehrt eine Freisprechung des Angeklagten nur gestattet, wenn dessen Unschuld nachgewiesen ist²⁾.

Hier aber ergibt sich eine neue Schwierigkeit für den Richter:

In den Fällen, in welchen der Angeklagte dem Richter eine Auskunft darüber, ob er überhaupt bezw. in welcher

¹⁾ Dies geht klar aus der von der gewöhnlichen abweichenden Fassung des § hervor, welcher eine Bestrafung ausdrücklich abhängig macht von einem Nachweis, „dass er (der Angeklagte) solches (die Verschaffung eines anderweitigen Unterkommens) der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe,“ also von dem Nachweis, dass sich der Angeklagte um ein Unterkommen bemüht habe.

²⁾ Ebenso Binding, Normen II, S. 609 f. Note 916. — Eine Freisprechung von dem Delikt der Nichtverschaffung eines Unterkommens hat also den Charakter der gemeinrechtlichen *absolutio a tota causa* (cf. oben § 20 Anm. 4).

Art, insbesondere bei welchen Personen er sich um ein Unterkommen bemüht hat, schlechterdings verweigert, wird der Richter nicht leicht in die Lage gesetzt sein, eine Beweiserhebung bezüglich der Unschuld des Angeklagten zu bethätigen.

Auch für diese Fälle schafft § 361 Z. 8 — und das ist die andere Eigentümlichkeit dieses § — Remedur insofern, als er eine Verurteilung des Angeklagten trotz des ihm in der R.St.P.O.³⁾ gewährleisteten Rechtes, auf die Beschuldigung nichts zu erwidern, gestattet, wenn derselbe nicht den Nachweis für seine Bemühung um ein Unterkommen liefert⁴⁾, eine Massregel, die offenbar den Zweck verfolgt, den Angeklagten indirekt zum Reden zu bringen.

Dass natürlich eine solche Verurteilung auf grund eines passiven Verhaltens des Angeklagten nur dann erfolgen darf, wenn der Richter ohne Mitwirkung des Angeklagten nicht in der Lage ist, eine entsprechende Entlastungsbeweisaufnahme zu bethätigen, ist selbstverständlich; denn die gegenteilige Annahme⁵⁾ würde dem Angeklagten ein mit den Prinzipien des modernen Strafprozessrechtes unvereinbares Dispositionsrecht über den staatlichen Strafanspruch nach Analogie des Civilprozesses zuerkennen.

Reicht also die Passivität des nach § 361 Z. 8 Angeklagten nach den concreten Umständen des Falles nicht schon als solche hin, für den Richter die volle Ueberzeugung (§ 260 R.St.P.O.) von der Schuld oder von der Unschuld⁶⁾ des Angeklagten zu begründen, und ist der Richter ausserdem noch in der Lage, ohne Mitwirkung des Angeklagten eine Entlastungsbeweisaufnahme zu bethätigen, dann hat

³⁾ cf. § 136 Abs. 1, letzter Satz mit § 242.

⁴⁾ D. h. in die Sprache des Strafprozessrechtes übersetzt: wenn derselbe nicht Beweismittel benennt und derartig bezeichnet, dass der Beweiserhebung nichts entgegensteht (Olshausen).

⁵⁾ Vertreten insbesondere von Olshausen (Kommentar § 361 zu Nr. 8 c.)

⁶⁾ Dass dies auch ohne förmliche Führung eines Entlastungsbeweises seitens des „beweispflichtigen“ Angeklagten auf Grund der „unbewiesenen“ Auslassungen desselben möglich ist, erkennt selbst Olshausen a. a. O. an.

er unbedingt die Verpflichtung, eine Beweisaufnahme zur Entlastung des Angeklagten anzuordnen, und, wenn sich hierdurch die Unschuld des Angeklagten ergibt, freizusprechen; andernfalls zu verurteilen.

Bedenkt man nun demgegenüber, dass der Richter unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung aus der Passivität des Angeklagten regelmässig zu dem überzeugenden Schluss von der Schuld des Angeklagten gelangen wird⁷⁾, bedenkt man ferner, dass er in den wenigen Fällen, in welchen er trotzdem noch an der Schuld des Angeklagten zweifelt, soweit ihm dies ohne Mitwirkung des Angeklagten möglich, einen Entlastungsbeweis erheben muss und erst nach dessen Misslingen freisprechen darf, dann gelangt man zu dem Resultat, dass einmal die durch § 361 Z. 8 ermöglichte strafrechtliche Zufallshaftung⁸⁾ sehr selten vorkommen wird, zum anderen aber bei der Geringfügigkeit der in Frage stehenden Strafe den Angeklagten insoferne nicht ganz unverdient trifft, als er es bei gutem Willen in der Hand gehabt hat, die Erhebung eines Entlastungsbeweises zu provozieren und so seine Freisprechung zu bewerkstelligen, ein Resultat, das man mit Schmid (Präsumtionen S. 74) sehr wohl als ein erträgliches bezeichnen kann.

⁷⁾ Und das mit voller Berechtigung. Denn der wirklich Unschuldige wird normalerweise alles zu seiner Entlastung angeben, was er anzugeben vermag, trotzdem er hierzu formell nicht verpflichtet erscheint.

In der Ermöglichung dieses Schlusses allein die Bedeutung der Phrase „wer nicht nachweisen kann“ zu sehen (Oppenhoff Kommentar zu § 361, Note 58 u. v. Hippel, die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu 1895, S. 30 f.), halte ich nicht für angängig; denn unter der Herrschaft des schon vor Inkrafttreten der R.St.P.O. im Anwendungsgebiet des R.St.G.B. geltenden Systems der freien Beweiswürdigung wäre die Beifügung der Phrase vollständig überflüssig gewesen; ausserdem aber verbietet ihr Wortlaut eine solche Deutung („wer nicht nachweisen kann“ nicht gleich: „wenn nicht nachgewiesen werden kann“).

⁸⁾ Vorkommend: a) wenn der Richter aus der Passivität des Angeklagten allein auf dessen Schuld schliesst (wäre an und für sich auch ohne § 361, Z. 8 durch § 260 R.St.P.O. möglich), b) wenn er bei Zweifel an der Schuld des Angeklagten ohne dessen Mitwirkung nicht in der Lage ist, Entlastungsbeweis zu erheben und dann verurteilen muss.

Abschnitt III. Scheinbare Strafe ohne Schuld.

§ 23.

Der § 259 des R.St.G.B.

§ 259 R.St.G.B. bestraft denjenigen als Hehler mit Gefängnis, welcher seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiss oder den Umständen nach annehmen muss, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatz bei Anderen mitwirkt.

Die strittige Frage ist hier die: was versteht der Gesetzgeber unter Phrase „von denen er den Umständen nach annehmen muss, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind“?

Die gewöhnliche Wortinterpretation, auf die man bei dem Mangel bestimmter Angaben der Motive über den Sinn der Phrase¹⁾ in erster Linie angewiesen erscheint, gibt folgendes Resultat: Den Umständen nach annehmen müssen bedeutet soviel, wie durch die Umstände zur Annahme gezwungen zu werden, oder auf Grund der Umstände nicht anders können als annehmen, selbst wenn man vielleicht auch anders annehmen wollte. Derjenige also, welcher den Umständen nach den vitiösen Erwerb der Sache auf Seiten seines Auktors annehmen muss, der nimmt ihn auch thatsächlich — und zwar den Umständen nach²⁾ — an³⁾, d. h. es

¹⁾ Die Motive (zu den §§ 253 u. 254 des Entwurfs) beschränken sich in dieser Beziehung lediglich auf die Bemerkung: Die im § 254 (des II. Entwurfs = § 259 des Gesetzes) enthaltene, durch das Preussische Strafgesetzbuch nicht vorgesehene Bestimmung, dass zur strafbaren Hehlerei es schon genüge, wenn der Thäter den Umständen nach annehmen musste, es seien die in Rede stehenden Sachen durch eine strafbare Handlung erlangt, erwies sich aus praktischen Gründen als geboten.

²⁾ Dieser Zusatz ist durchaus nicht überflüssig; mit ihm sollte wohl hauptsächlich das hervorgehoben werden, dass es positive Thatsachen sein müssen, welche bei dem Thäter die Annahme der Vitiosität der Sache begründen, dass mithin vage, durch keine positiven Thatsachen motivierte Zweifel an der Redlichkeit des Erwerbes der Sache zur Strafbarkeitsbegründung nicht ausreichen.

³⁾ So Binding, Normen II. S. 620; Meves in Bd. 13 S. 510 der Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung; Gretener (Begünstigung und Hehlerei in hist.-dogm. Darstellung Seite 182, insbesondere Note 178); Oppenhoff, Kommentar zu § 259, Note 10.

sprechen nach seinem subjektiven Urteil mehr Gründe für als gegen die bezügliche Thatsache. Von demjenigen, der den vitiösen Erwerb der Sache „weiss“, unterscheidet sich derjenige, der diesen Erwerb den Umständen nach annimmt, dadurch, dass letzterer — sei es nun ebenfalls den Umständen nach, sei es durch unmittelbare d. i. nicht lediglich durch die begleitenden Umstände des Falles vermittelte positive Kenntniserlangung⁴⁾ (z. B. als Augenzeuge der strafbaren Handlung des Auktors oder auf Grund spezieller Mitteilung des vitiösen Charakters der Sache seitens des Auktors bzw. seitens eines Dritten) — zu der für ihn subjektiv unumstösslichen Gewissheit gekommen ist, dass die Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt sei.

Dürfte es nun so erwiesen sein, dass das „Wissen“ den ersten Grad auf der Scala des subjektiven Meinens bezeichnet, so liegt doch die Sache keineswegs an dem, dass deshalb der Vorsatzbegriff des R.St.G.B. überhaupt oder doch wenigstens der normale Vorsatzbegriff desselben (also exclusive der Erweiterungen nach unten: des *dolus eventualis*, *indirectus* etc. etc.) mit diesem „Wissen“ zu identifizieren wäre, mithin das „den Umständen nach annehmen müssen“ überhaupt nicht unter den Vorsatzbegriff gebracht werden könnte bzw. nur unter die Erweiterung desselben nach unten (*dolus eventualis*, *indirectus* oder eine noch etliche Grade tiefer hinabreichende Art des unbestimmten *dolus*⁵⁾) fiele.

⁴⁾ Letzteres dürfte zwar normalerweise der Hauptfall sein, in welchem jemand zu einem „Wissen“ gelangt, doch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass dieses „Wissen“ nicht auch einmal lediglich durch die begleitenden Umstände vermittelt wird, ähnlich wie sich etwa der Richter auch nur auf Grund eines sogenannten Indicienbeweises die volle richterliche Ueberzeugung verschaffen kann, die quantitativ durchaus nicht immer geringer zu sein braucht als die auf Grund sog. direkter Beweismittel (eigentlich ja in letzter Linie auch nichts anderes wie Indicien!) erlangte.

⁵⁾ So Schmid, Präsumtion, S. 66 (*verbis*: mit dem Zusatz „oder den Umständen nach annehmen musste“ stellt der § 259 nicht eine besonders schwere Fahrlässigkeit unter Strafe, sondern eine Art des Vorsatzes; er trifft damit die Fälle, in denen der Erwerber der durch eine strafbare Handlung erlangten Sache von diesem letzteren Umstande zwar keine ganz bestimmte Kenntnis hatte, jedoch aus den Verhältnissen auf denselben schloss und durch einen gewissen absichtlichen Leichtsinns sich der weiteren Kenntnisaufnahme enthielt).

Wenn es nämlich richtig ist, dass man vom *dolus* im Sinne vom Normal-*dolus* (also exclusive des *dolus eventualis*, *indirectus* und ähnlicher Erweiterungen nach unten) nicht nur dann spricht, wenn bei dem Thäter den für eine That-
sache sprechenden Gründen keine gegen sie sprechende Gründe gegenüberstehen (subjektive Gewissheit), sondern auch dann — und diese Fälle bilden unter den *dolus*-Fällen die überwiegende Mehrzahl⁶⁾ —, wenn die Summe der für die That-
sache sprechenden Gründe quantitativ nicht geringer ist als die der gegen sie sprechenden; wenn es ferner richtig ist, dass man unter den erweiterten *dolus*-Begriff im Sinne des R.St.G.B. auch diejenigen Fälle einzubeziehen berechtigt und verpflichtet ist, wo bei dem Thäter die Summe der gegen die That-
sache sprechenden Gründe quantitativ grösser ist als die der für die That-
sache sprechenden Gründe, falls nur überhaupt noch für die That-
sache sprechende Gründe vorhanden sind,⁷⁾ dann darf man das „den Umständen nach annehmen müssen“ unbedenklich als die Art des Vorsatzes von der subjektiven Gewissheit abwärts gerechnet bezeichnen, welche nach unten natürlich nicht anders abgegrenzt ist wie sonst der Vorsatz überhaupt, also den *dolus eventualis* mit in sich schliesst ohne jedoch auf ihn beschränkt zu sein.

Ebensowenig wie jemand anstehen wird, den z. B. als vorsätzlichen Unterschläger nach § 246 R.St.G.B. zu betrachten, der einen ihm nicht zu Eigentum gehörigen Gegen-

⁶⁾ Wie es, da meist in der Zukunft liegende That-sachen d. i. Folgen einer gewissen Handlung in Frage stehen, in der Natur der Sache liegt.

⁷⁾ Man kann sich dies mathematisch durch folgendes Schema veranschaulichen. (Die kleinen lateinischen Buchstaben bedeuten im Schema die quantitativ als gleich fingierten Gründe und zwar die mit + versehenen die für und die mit — versehenen die gegen die Annahme der That-sache sprechenden).

1. Fall (Gewissheit von +): + a + b + c

2. Fall (Wahrscheinlichkeit für +): + a + b — c

3. Fall (Wahrscheinlichkeit für —): + a — b — c

4. Fall (Gewissheit von —): — a — b — c

In den Fällen sub 1 u. 2 handelt der Thäter mit *dolus*, im Falle sub 3 mit *dolus eventualis*, und im Falle sub 4 erst ohne *dolus*.

stand findet und sich zueignet, wenn er die Herrenlosigkeit⁸⁾ desselben zwar nicht „wusste“ d. h. für gewiss hielt, wohl aber den Umständen nach annahm (d. h. es für nicht wahrscheinlich erachtete, dass der Gegenstand derelinquiert worden oder sonst frei occupierbar sei), ebensowenig würde man meines Erachtens anstehen, denjenigen, der mittels strafbarer Handlung erlangte Sachen verheimlicht, ankauft etc. etc. wegen vorsätzlicher Hehlerei auch ohne den Zusatz „von denen er annehmen muss, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind,“ zu verurteilen, wenn der Thäter nur nicht in gutem Glauben an den redlichen Erwerb der Sachen gehandelt hat.

Wenn trotzdem der Gesetzgeber es bei § 259 für nötig befunden hat, anstatt der einfachen Beifügung des Wortes „vorsätzlich“ die Vorsätzlichkeit durch den mehrfach erwähnten Zusatz zum Ausdruck zu bringen, so glaube ich in folgendem eine ausreichende Erklärung finden zu können:

Der Umstand, dass das dem Entwurf des norddeutschen Strafgesetzbuches zu Grunde gelegte preussische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 in den beiden für § 254 des Entwurfs (= § 259 des Gesetzes) vorbildlichen §§ 237 u. 238 dem vorsätzlichen Delikt der Hehlerei die Fassung gegeben hat „wer Sachen, von denen er weiss, dass sie gestohlen, unterschlagen oder mittelst anderer Verbrechen oder Vergehen erlangt sind (§ 237) bzw. von denen er weiss, dass sie von einem Raube oder einer dem Raube gleichzuachtenden Erpressung oder einem schweren Diebstahle herrühren (§ 238), verheimlicht, ankauft etc. etc.“ mochte wohl dem Gesetzgeber des Strafgesetzbuchs bei Herübernahme der Hehlerei die Befürchtung nahegelegt haben, durch eine ähnliche Fassung des Vorsatzmomentes wie die des preussischen Strafgesetzbuchs würde die Praxis, verleitet durch den gewöhnlichen Sprachgebrauch, der eben unter Wissen doch nur das über jeden Zweifel erhabene Ueberzeugtsein versteht, dem Hehlereivorsatz nicht oder wenigstens nicht in

⁸⁾ Dies dürfte normalerweise der einzige Fall sein, wo der Finder berechtigt ist, eine ihm nicht gehörige Sache sich anzueignen.

dem Masse nach unten diejenige Ausdehnung geben, welche dem als technischer Begriff längst eingebürgerten Vorsatzbegriff in Theorie und Praxis gegeben wurde und nach dem Willen des Gesetzgebers zweifellos auch fürderhin unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches gegeben werden sollte, eine Ausdehnung, die gerade bei der Hehlerei gegenüber der stereotypen Verteidigung der Hehler, den vitiösen Charakter der Sache nicht „gewusst“ zu haben, am wenigsten beschränkt werden darf.

Wie begründet übrigens eine derartige Befürchtung wäre und wie praktisch also ihre Beseitigung durch den erwähnten Zusatz ist, das entnehme man daraus, dass die gemeine Meinung in den Fällen, in welchen der Gesetzgeber die Phrase „wider besseres Wissen“ gebraucht (§§ 164, 187, 189) den *dolus eventualis* für nicht ausreichend zur Verurteilung erklärt, obwohl doch wider besseres Wissen nicht anderes bedeutet als nicht wissend, dass . . . (cf. oben § 19 Anm. 2).

Mag auch für „die zur Revision des Strafgesetzbuchentwurfs vom Bundesrate ernannt gewesene Kommission“⁹⁾ bei Aufnahme des Zusatzes in den Entwurf das Vorbild des bremenser Strafgesetzbuchentwurfs, welcher seinen Motiven zufolge mit einem ähnlichen Zusatz¹⁰⁾ die fahrlässige Hehlerei treffen wollte, massgebend gewesen sein, wie die bei besagter Kommission als Schriftführer verwendeten Rubo¹¹⁾ und Ruedorff¹²⁾ übereinstimmend versichern, nichts berechtigt nur im entferntesten zu der Annahme, dass die beiden Gesetzgebungsfaktoren, Bundesrat und Reichstag, den Zusatz der Kommission ohne speziellen Hinweis¹³⁾ auf den Sinn, welchen ihm letztere beilegte, anders aus-

⁹⁾ Gemeint ist die durch Beschluss des Bundesrats v. 3. VII. 1869 gewählte Kommission von 7 Mitgliedern, welcher der damalige preussische Justizminister Dr. Leonhardt präsidierte.

¹⁰⁾ Lautend: „wer Sachen, von denen er weiss oder den Umständen nach annehmen muss, dass sie mittels eines Verbrechens erlangt sind, verheimlicht, . . . soll wegen Partiererei bestraft werden.“

¹¹⁾ Kommentar, Note 4 zu § 259 (Seite 860).

¹²⁾ Kommentar, Note 9 zu § 259.

¹³⁾ Durch die Motive oder durch Erklärung in den Bundesrats- bzw. Reichstagsverhandlungen.

gelegt haben als man ihn nach gewöhnlichem Sprachgebrauch auslegen muss. Nach diesem aber ist eine Auslegung des Zusatzes im Sinne von Rubo und Ruedorff, wie sie — ob aus den gleichen Gründen wie letztere, ist nicht ersichtlich — ausserdem noch Meyer (Lehrbuch S. 612), Merkel (Lehrbuch S. 327) und v. Liszt (Lehrbuch S. 489) vertreten, abgesehen von den schweren dagegen sprechenden sachlichen Bedenken¹⁴⁾ unbedingt abzulehnen.

Denn derjenige welcher den Umständen nach ein bestimmtes Thatbestandsmerkmal bei Ausführung des Thatbestandes als vorhanden annehmen muss, also annimmt, hat das Bewusstsein von dem Vorhandensein dieses Thatbestandsmerkmals; wer dagegen aus Fahrlässigkeit einen bestimmten Thatbestand verwirklicht, der könnte wohl — die Anwendung der nötigen Sorgfalt vorausgesetzt — das Bewusstsein haben, hat es aber thatsächlich nicht.

Hätte der Gesetzgeber in § 259 auch die fahrlässige Hehlerei treffen wollen, dann hätte sein Zusatz nicht lauten dürfen, „wer den Umständen nach annehmen muss“, sondern etwa lauten müssen „wer den Umständen nach (bei Anwendung der nötigen Sorgfalt) annehmen könnte.“

Ebenso endlich ist es des Zusatzes Wortlaut, welcher die Annahme der gegenwärtig als herrschend zu bezeichnenden, insbesondere vom Reichsgericht¹⁵⁾ und von Olshausen (Kommentar zu § 259 Note 21) vertretenen Auffassung nicht gestattet, wonach der Gesetzgeber in dem erwähnten Zusatz eine Regel für den Nachweis der Schuld d. i. eine (widerlegbare) Schuldvermutung habe aufstellen oder, wie Binding, Normen II S. 610 f. sich ausdrückt, gegen die regelmässige Ausflucht der Hehler, sie hätten die

¹⁴⁾ Bestehend darin, dass im Gegensatz zur constanten Praxis des R.St.G.B.

a) ein fahrlässiges Verletzungsdelikt gleich schwer wie ein vorsätzliches behandelt würde,

b) im Falle der gewerbs- und gewohnheitsmässigen Begehung (§ 260) ein fahrlässiges Delikt mit Zuchthausstrafe bedroht wäre.

¹⁵⁾ cf. Entsch. v. 29. IX. 1882 (Sammlung Bd. VII. S. 85) und Entsch. v. 10. IV. 1894 (Sammlung Bd. XXV. S. 221).

verbrecherische Herkunft der Sache gar nicht gekannt, Front machen und diese Ausflucht abschneiden wollen; denn wenn man auch die Thatsache, dass jemand den Umständen nach etwas annehmen muss, leicht aus der Thatsache folgert, dass jeder vernünftige Mensch aus diesen Umständen zu einer solchen Annahme gelangen muss, und wenn auch der Richter unter der Herrschaft des Indicienbeweises sich unbedenklich eine solche Schlussfolgerung für die Regel gestatten wird, so ist doch immer der Fall nicht ausgeschlossen, dass der Thäter *in concreto* der Annahme, zu welcher die Umstände drängen, sich nicht anschliesst, sich nicht zu der Annahme genötigt fühlt, die er normalerweise machen müsste, und so bleibt denn auch nach dem Wortlaut des Zusatzes trotz Feststellung der Thatsache, dass der Angeklagte als vernünftiger Mensch den Umständen nach die Annahme der Vitiosität gemacht haben müsste, für den Richter die Thatsache beweisbedürftig, dass der Angeklagte den Umständen nach diese Annahme gemacht haben musste d. h., durch die Umstände genötigt, sie gemacht hat.

Dass man in der Uebung des täglichen Lebens, wo man nicht immer in der Lage ist, eine förmliche Beweis-aufnahme zu bethätigen und sich so nur zu leicht geneigt zeigt, den Einzelnen als Durchschnittsindividuum zu behandeln und mit dem Masstab des Durchschnittsindividuums zu messen, — von ersterer Thatsache regelmässig auf die letztere Thatsache schliessend — dazu kommt, beide Thatsachen fast als identisch zu betrachten, soll ebensowenig geleugnet werden wie das, dass der Richter unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung unter Umständen sehr wohl auf Grund der ersteren Thatsache auf das Vorhandensein der letzteren Thatsache schliessen kann. Nichts aber berechtigt zu dem Schluss, dass der Schöpfer des § 259 mit der Ausdrucksweise „den Umständen nach annehmen müssen“ im Widerspruch mit der gewöhnlichen Wortbedeutung dem Richter Generalvollmacht dahin hat erteilen wollen, eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Hehlerei schon dann aus-

sprechen zu dürfen, wenn die Umstände des Falles den Angeklagten als Durchschnittsmenschen wohl zur Annahme der Vitiosität der Sache genötigt haben werden, ohne die Feststellung, dass sie ihn auch thatsächlich dazu genötigt haben.

So dürfte es denn nachgewiesen sein, dass der strittige Zusatz des § 259 in Wirklichkeit viel harmloser ist als er aussieht, dass er vor allem — und dies ist für den Zusammenhang mit dem in vorliegender Arbeit behandelten Thema besonders zu betonen — weder die Gleichstellung der Fahrlässigkeit mit dem Vorsatz, noch eine Vorsatzpräsumtion statuiert, also auf keinen Fall eine Ausnahme von dem Satz „*nulla poena sine culpa*“ begründet.

§ 24.

Der § 171 des R.St.G.B.

Wenn dieser vom R.St.G.B. zweifellos als vorsätzlicher Deliktsthatbestand gedachte (das R.St.G.B. kennt, wie bereits mehrfach erwähnt, keine fahrlässigen Verbrechen) § in seiner ersten Alternative die Schliessung einer Ehe seitens einer verheirateten Person, in seiner zweiten die Schliessung einer Ehe seitens einer nicht verheirateten mit einer verheirateten Person als Verbrechen unter Strafe stellt, so wäre an sich gemäss dem in § 59 Abs. I des R.St.G.B. niedergelegten Princip in subjektiver Beziehung auf Seite des Thäters die Vorstellung (inclusive der individuellen) zu fordern, dass durch den von ihm bethätigten Eheschluss eine bereits bestehende Ehe verletzt werde (oder genauer: bei der ersten Alternative die Vorstellung, dass er, und bei der zweiten die Vorstellung, dass der andere Teil verheiratet sei).

Dass man an diesem Resultat überhaupt zweifeln kann, daran ist hinwiederum die aus dem Preussischen Strafgesetzbuch (§ 139) herüber genommene Redaktion des § 171 schuld:

Der Umstand nämlich, dass der Gesetzestext bei der zweiten Alternative den für das vorsätzlich gedachte Delikt überflüssigen Zusatz „wissend, dass er — der eheschliessende

andere Teil — verheiratet ist,“ in den Thatbestand aufgenommen hat, verleitet zu der Annahme, der Gesetzgeber habe durch die Weglassung eines entsprechenden Zusatzes bei der ersten Alternative (etwa lautend: wissend, dass er — der eheschliessende Ehegatte — bereits verheiratet ist), die Absicht zum Ausdruck bringen wollen, bei der ersten Alternative dieses Wissen als Voraussetzung der Strafbarkeit, etwa deshalb, weil er es unwiderlegbar präsumierte, fallen zu lassen.

Bedenkt man jedoch, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen dem verheirateten Delinquenten und dem nicht-verheirateten nur insofern besteht, als ersterer von dem Abschluss der früheren Ehe, bei dem er ja körperlich zugegen gewesen sein musste,¹⁾ unbedingt Kenntnis haben muss, und so nur auf Grund bestimmter zur Aufhebung dieser früheren Ehe geeigneter neuer Thatfachen die Ueberzeugung von dem Nichtbestehen derselben erlangen kann, letzterer dagegen vielfach überhaupt nie Kenntnis von einem früheren Eheabschluss des anderen Teils gehabt haben wird, so ergibt sich, dass dieser Unterschied sofort cessiert, sobald der nicht verheiratete Teil je Kenntnis von einer früheren Eheschliessung des verheirateten Teils gehabt hat; denn mit dem Moment dieser Kenntniserlangung befindet er sich genau in derselben Situation wie der Thäter der ersten Alternative: nur auf Grund neuer zur Aufhebung der früheren Ehe des anderen Teils geeigneter Thatfachen kann er zur Ueberzeugung gelangen, dass diese Ehe nicht mehr besteht.

Hiesse es da nicht dem Gesetzgeber eine offensichtliche Ungerechtigkeit zutrauen, wollte man annehmen, er habe dem Thäter der ersten Alternative die Geltendmachung ganz genau desselben Einwandes abgeschnitten, dessen Geltendmachung er dem Thäter der zweiten Alternative unbedenklich ermöglicht hat?

¹⁾ cf. Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung v. 6. II. 1875, § 52.

Demgegenüber ist doch die Annahme weit befriedigender, der Charakter des Deliktsthatbestandes von § 171 als eines vorsätzlichen gebiete es, bei der ersten Alternative ebenso wie bei der zweiten Nichtkenntnis des Bestehens der durch den Eheschluss verletzten früheren Ehe als Schuldausschliessungsgrund anzuerkennen; die Weglassung der dies bei der zweiten Alternative ausdrücklich anerkennenden, an sich überflüssigen Phrase bei der ersten Alternative mag man sich als eine Concession des Gesetzgebers an die Denkweise des Publikums, das sich eben einen Ehegatten, welcher von seinem Verheiratetsein keine Kenntnis²⁾ hat, nicht leicht vorzustellen vermöchte.

²⁾ Dass dies übrigens sehr leicht vorkommen kann, namentlich auf Grund von Rechtsirrtum (z. B. über die Rechtskraft des Ehescheidungsurteils), ist nicht zu bezweifeln.



Berichtigungen.

Es ist zu lesen:

Seite 13, Zeile 7 von oben statt gegefiehlt: gefehlt.

Seite 47, Zeile 17 von oben statt Schulpräsumtion: Schuld-
präsumtion.

Seite 50, Zeile 18 von oben statt § 225: § 224.

Seite 55, Zeile 4 von unten statt „bei dem“: „bei den.“

Seite 64, Zeile 4 von unten statt Beleidiungsthatbestand:
Beleidigungsthatbestand.

Seite 66, Zeile 5 von oben statt Dann: Denn.

Seite 68, Zeile 5 von unten statt besraft: bestrafft.

TABELLE.

A. Allgemeines Delikt			B. Grunddelikt		
der Tötung	der Körperverletzung		qualifiziert durch Tod	qualifiziert durch Körperverletzung	
	schwere	einfache		einfache u. schwere	schwere

I. fahrlässig begangen:

1 Tg. bis 3 J. G. (§ 222 ^I) (§ 222 ^{II} enthält ein Spezialdelikt).	1 J. bis 5 J. Z. bzw. G. M.: 1 Mt. bis 5 J. G. (§ 224 bzw. 228).	3 M. bis 900 M. bzw. 1 Tg. bis 2 J. G. (§ 230 ^I)	1 Mt. bis 3 J. G. (§§ 309, 314, 316, 326).	(Es gibt keine durch Körperverletzung qualifizierte fahrlässige Grunddelikte).
--	--	---	---	---

II. vorsätzlich begangen:

5 J. bis 15 J. Z. M.: 6 Mt. bis 5 J. G. (§ 212 bzw. 213).	1 J. bis 5 J. Z. bzw. G. M.: 1 Mt. bis 5 J. G. (§ 224 bzw. 228).	1 Tg. bis 3 J. G. bzw. 3 M. bis 1000 M. (§ 223)	a) 10 J. bis 15 J. bzw. lebensl. Z. ohne M.: (§§ 178, 220, 229, 251, 307, 312, 315, 322–324).	(§ 251).
			b) 5 Jahre bis 15 Jahre Zuchthaus ohne M.: (§ 321).	(§§ 229, 315).
				c) 2 J. bis 10 J. Z. mit M. (= 3 Mt. bis 5 J. G.) (§ 340).
				d) 1 J. bis 10 J. Z. und zwar: α) ohne M.: (§ 221 ^{III}).
				β) mit M.: αα) M.: 3 Mt. bis 5 J. G. (§ 118). ββ) M.: 1 Mt. bis 5 J. G. (§ 239 ^{II}).
				e) 1 J. bis 5 J. Z. ohne M.: (§§ 227 ^{II} , 321).
			f) 3 J. bis 15 J. Z. α) ohne M.: 154 ^{II} , 221 ^{III} β) mit M. = 3 Mt. bis 5 J. G. (§ 226 mit 228, 239 ^{III})	
			g) 1 J. bis 5 J. Z., mit M. = 1 Mt. bis 5 J. G. (§ 227 ^{II} mit 228.)	
			h) 2 (3) bis 15 J. F. (§ 206).	

Strafrahmen von A leichter als von B.

Strafrahmen von A
schwerer als von B.

Erläuterung siehe umstehend!

Erläuterung der Tabelle.

I. Abkürzungen:

G. = Gefängnis.

Z. = Zuchthaus.

F. = Festungshaft.

Tg. = Tag.

Mt. = Monat.

J. = Jahr.

M. = bei Vorliegen mildernder Umstände.

II. Als Strafraumen für die fahrlässige und vorsätzliche schwere Körperverletzung wurde der Strafraumen des § 224 benützt; denn der Umstand, dass § 225 im Gegensatz zu § 224 nur die absichtlich begangene schwere Körperverletzung bestraft, beweist, dass unter § 224 alle übrigen nicht absichtlichen Formen der schweren Körperverletzung getroffen werden sollen.

III. Nicht berücksichtigt sind die Fälle, wo der qual. Erfolg in der Verursachung der Strandung eines Schiffes (§ 322 — Strafraumen: 5 bis 15 J. Z.), und in der Erkrankung von Vieh an einer ansteckenden Seuche (§ 328^{II} — Strafraumen: 1 Mt. bis 2 J. G.), und endlich in der Erkrankung eines Menschen an einer ansteckenden Krankheit (§ 327^{II} — Strafraumen: 3 Mt. bis 3 J. G.) besteht. Zum Vergleiche wäre in den beiden ersten Fällen etwa der Strafraumen der Sachbeschädigung (3—1000 *M.* bzw. 1 Tg. bis 2 J. G.); im letzten Fall der Strafraumen der einfachen Körperverletzung heran zu ziehen.

Georg Rosenberg

Spezialbuchhandlung,

Antiquariat, Leihinstitut für Jurisprudenz

Fürth i. B., Schwabacherstr. 30. — Telephonruf Nr. 418.

Nürnberg, Winklerstr. 11. — Telephonruf Nr. 2553.

Verlags-Abteilung:

Pfordten, Th. von der. Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen; systematisch bearbeitet. **Allgemeiner Teil.** 1898. X. 196 Seiten 3,15

Das vorliegende Werk wendet sich nicht nur an den Anfänger, der sich zunächst einmal über den dogmatischen Inhalt des Gesetzes informieren will und dem eine ausgedehnte Rechtsvergleichung und Berücksichtigung der Vorarbeiten leicht den Kopf verwirrt, sondern auch an den älteren Juristen, der sich die Frage vorlegt: „Was wird Recht ens sein?“ und der nicht Zeit hat, sich auf tiefgehende historische Forschungen einzulassen.

— **Bayer. Ausführungsgesetz zu der Grundbuchordnung und zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.** Textausgabe mit Erläuterungen und Anmerkungen, 72 Seiten. 1899. Preis geb. —,90

Baburger, Dr., W. Ueber einige abweichende Kredittheorien, namentlich des 18. Jahrhunderts. 1892. 40 S. —,75

Berolzheimer, Dr. jur., Fr. Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter und Verhafteter. 1891. 32 S. —,60

— **Kriminalpolitische Forderungen aus dem Gesichtspunkte der Schutzstrafe.** Heft 1. Programm. 1895. 32 S. —,60

Frank, Dr., Siegfried. Das Grundprinzip der Arbeiterversicherungsgesetzgebung. Eine sozialpolitische Studie. 1892. Gr. 8^o. 34 S. —,75

Lieser, Dr., E. Das Lagergeschäft und der Lagerschein (Warrant) nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. 3³/₄ Bg. ca. 1,20

Löhe, Dr., W. Das Vertragsangebot nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1899. —,60

Michel, Dr., J. Nep. Der Rechtscharakter der Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1892. Gr 8^o. 40 S. —,60

- Prager, Dr., J.** Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen.
1896. 34 S. —,60
- Romatzeck, Dr. jur., W.** Die Zwangshypothek und der Einfluss der neuesten Reichs-Gesetzgebung auf dieselbe. 1898.
35 S. —,60
- Tuchmann, Dr., Paul.** Die Mitglieder und Organe der Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1896. Gr. 8^o.
66 S. 1,20
- Uhlmann, Dr., Alfred.** Zur einfachen Sachbeschädigung im Strafrecht. 1893. Gr. 8^o. 39 S. —,75
- Zeitler, Dr., Joseph.** Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch. 1899. 97 S. 1,80
- Müller, Dr. jur., E.** Der Commentar des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des **unlauteren Wettbewerbes**, vom 27. Mai 1896. 15^{3/4} Bogen (250 S.) 2. und 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Gr. 8^o. 1897. **Eleg. geb.** . 4,50

Ueber diese schon nach Jahresfrist notwendig gewordene **2. und 3. vermehrte und verbesserte Auflage** liegen die besten Besprechungen vor, von denen ich hier nur einige wenige erwähnen möchte:

Justizrat **Rausnitz** schreibt Eingangs einer längeren und ausführlichen Besprechung in „Rechtsschutz und Urheberrecht“: „Von der Flut der Commentare, die bei oder bald nach Publikation des obigen Gesetzes erschienen sind, hat der **Müller'sche** zuerst eine neue Auflage erlebt. **Verdienst und Erfolg** haben hier **einmal gleichen Schritt gehalten**. Das Buch ist heute für jeden Praktiker unentbehrlich. Er wird kaum auf eine Frage ohne Antwort, oder doch **wenigstens ohne Anregung** bleiben. Ein gutes Register erleichtert die Benutzung des Buches wesentlich.“

„Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht,“ Bd. 45, S. 313:
„. . . Müller legt eine so umfassende Kenntniss der deutschen Geschäftsverhältnisse an den Tag, dass sein Buch einen **hervorragenden Wert** erhält.“

„Das Recht“: Wer von vornherein nur mit Einem Commentar arbeiten will, dem sei dieser angelegentlich empfohlen!

Rechtsanwalt Dr. Hermann Staub-Berlin nennt das Buch n. A.
„ein in der That die anderen Commentare überragendes Werk.“

—— **Im Druck befindet sich:** ——

- Pfordten, Th. von der.** Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen, systematisch bearbeitet. **Spezieller Teil.** Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil ca. 110 S.
1899. ca. 2,10



J. SCHLICKENRIEDER
BUCHBINDEREI
MÜNCHEN



Zeitler, Joseph

Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch

Fürth 1899

Crim. 289 a

urn:nbn:de:bvb:12-bsb12029757-2